



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
SAN ANTONIO

FACULTAD DE CC. JURÍDICAS
Y DE LA EMPRESA

*Actualidad de la teoría de
la naturaleza de la cosa y sus implicaciones
filosófico-jurídicas*

Autor:

D. Juan Aurelio Bernal Ruiz

Directora:

Dra. D.^a Pilar Conde Colmenero

Murcia, 9 de enero de 2015



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
SAN ANTONIO

AUTORIZACIÓN DE LA DIRECTORA DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

La Dra. Pilar Conde Colmenero como Directora de la Tesis Doctoral titulada “Actualidad de la teoría de la naturaleza de la cosa y sus implicaciones filosófico-jurídicas” realizada por D. Juan Aurelio Bernal Ruiz en la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Empresa, autoriza su presentación a trámite dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

LO QUE FIRMO, PARA DAR CUMPLIMIENTO A LOS REALES DECRETOS 99/2011, 1393/2007, 56/2005 Y 778/98, EN MURCIA A 9 DE ENERO DE 2015.

Servicio de Doctorado. Vicerrectorado de Investigación

Campus de Los Jerónimos. 30107 Guadalupe (Murcia)

A mis padres, Aurelio y Lola,
que me enseñaron con su vida
el camino cristiano del servicio,
la entrega y la humildad.

Y a mi esposa e hijo, María Jesús y Aarón,
estrellas que alumbran el cielo de la noche.

Actualidad de la teoría de la naturaleza de la cosa y sus implicaciones filosófico-jurídicas

INTRODUCCIÓN	15
--------------------	----

PARTE PRIMERA

APROXIMACIÓN METODOLÓGICA Y CONCEPTUAL A LA NATURALEZA DE LA COSA

I. CONCEPTOS PREVIOS A LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA COSA: DIFERENTES VÍAS EN LA ELABORACIÓN DE UNA CIENCIA DEL DERECHO	21
--	----

1. VIRTUALIDAD DE UNA CIENCIA DEL DERECHO. EL MÉTODO CIENTÍFICO.....	21
--	----

2. DOS CORRIENTES METODOLÓGICAS COMPLEMENTARIAS: ENTRE <i>ERKLÄREN</i> Y <i>VERSTEHEN</i>	25
---	----

II. NATURALEZA Y IUSNATURALISMO. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTOS	35
---	----

1. EL CONCEPTO DE “NATURALEZA” ..	35
-----------------------------------	----

1.1. Definiciones	35
-------------------------	----

1.2. Concepciones Cosmológica y Metafísica clásica	36
--	----

2. NATURALEZA Y DERECHO NATURAL.....	43
--------------------------------------	----

3. EL HISTÓRICO CARÁCTER REVOLUCIONARIO DE LA TESIS IUSNATURALISTA. DE LA “NATURALEZA DE LAS COSAS” A LA “NATURALEZA DE LA COSA”	50
--	----

PARTE SEGUNDA
LA NATURALEZA DE LA COSA A LO LARGO DE LA HISTORIA
Y EN LA ACTUALIDAD

III. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA COSA 61

1. ARISTÓTELES.....	61
1.1. La doctrina aristotélica sobre la naturaleza.....	62
A) Posición teleologista aristotélica	63
B) El fin como “lo propio de cada cosa”	63
1.2. Un ejemplo: la doctrina aristotélica sobre la constitución de cada pueblo.....	64
2. MONTESQUIEU	67
2.1. La naturaleza de las cosas como fundamento de la historia y el derecho	67
2.2. Elementos presociologistas en la concepción de Montesquieu	70
3. LA DOCTRINA JURÍDICA ALEMANA CONTEMPORÁNEA.....	73
3.1. Corrientes antiformalistas: la Freirechtsbewegung	73
3.2. Corrientes sociológicas: Ehrlich	77
3.3. La eliminación de los restos metafísicos del concepto.....	81
3.4. Radbruch: Las “formas de la regulación jurídica”	84
3.5. El supuesto “retorno del derecho natural” en la naturaleza de la cosa	87
3.6. La Rechtstheorie	89
A) Helmut Coing	91
B) Hans Welzel	93
C) Günter Stratenwerth.....	94
D) Ottmar Ballweg.....	94
E) Erich Fechner	95
F) Herbert Schambeck	96
G) Werner Maihofer	97

	11
4. LAS POSICIONES DE DEL VECCHIO.....	100

5. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LA COSA EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX	108
--	-----

IV. ACTUALIDAD DE LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA COSA..... 119

1. ¿UNA NOCIÓN OLVIDADA?	119
--------------------------------	-----

2. EL MARCO CONCEPTUAL: LA SUPERACIÓN DEL POSITIVISMO Y DEL IUSNATURALISMO	135
--	-----

3. ENEMIGOS DE LA DOCTRINA DE LA NATURALEZA DE LA COSA Y LÍMITES DE LA TEORÍA.....	137
--	-----

3.1. Voluntarismo Jurídico	137
----------------------------------	-----

3.2. Legalismo y dogmatismo jurídico	138
--	-----

3.3. Los límites de la teoría en el marco de los Derechos Humanos.....	139
--	-----

4. LAS NUEVAS PERSPECTIVAS HERMENÉUTICAS Y LA NATURALEZA DE LA COSA	146
---	-----

5. MANFRED REHBINDER Y LA CONCEPCIÓN ATENAZADORA DEL DERECHO DESDE LOS POSTULADOS DE LA NATURALEZA DE LA COSA.....	154
--	-----

6. LA PROPUESTA DE BOBBIO: DE LA “NATURALEZA DE LAS COSAS” A LA “FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES”	159
---	-----

7. EL RETORNO A ARISTÓTELES Y LO “JUSTO NATURAL”	165
--	-----

8. LA <i>GRATIA VIVENDI</i> EN SANTO TOMÁS DE AQUINO	171
--	-----

9. SÍNTESIS CRONOLÓGICA DE AUTORES Y POSICIONAMIENTOS	173
9.1. Aristóteles	174
9.2. San Francisco de Asís	174
9.3. San Antonio de Padua.....	178
9.4. Santo Tomás de Aquino.....	179
9.5. Montesquieu	180
9.6. Emmanuel Kant.....	181
9.7. Friedrich Karl Von Savigny	182
9.8. Heinrich Dernburg	182
9.9. Francois Geny.....	182
9.10. Eugen Ehrlich	183
9.11. Giorgio del Vecchio	184
9.12. Gustavo Radbruch	185
9.13. Theilhard de Chardin.....	186
9.14. Adolf Reinach.....	191
9.15. Max Gutwiller	191
9.16. Alberto Asquini.....	192
9.17. H. Kantorowicz	192
9.18. Leon Husson.....	193
9.19. S.S. El Papa Pablo VI.....	194
9.20. G. Bastide	195
9.21. Erich Fechner	196
9.22. Karl Larenz	197
9.23. Luis Recaséns Siches.....	197
9.24. Hans Welzel.....	197
9.25. Henri Batiffol	198
9.26. Norberto Bobbio.....	198
9.27. Helmut Coing.....	200
9.28. Eustaquio Galán Gutiérrez	201
9.29. Imre Szabó	202
9.30. Werner Maihofer.....	202
9.31. S.S. El Papa Juan Pablo II	204
9.32. John J. Carswell Smart.....	205
9.33. Günter Stratenwerth.....	206
9.34. Mariano Hurtado Bautista	206
9.35. Jean Louis Gardies	207
9.36. S.S. El Papa Benedicto XVI	207

	13
9.37. Ernesto Garzón Valdés.....	208
9.38. Ottmar Ballweg.....	213
9.39. Herbert Schambeck.....	214
9.40. Nicos Ar. Poulantzas.....	214
9.41. S.S. El Papa Francisco.....	214
9.42. Francisco Puy Muñoz.....	215
9.43. L. Ferrajoli.....	217

PARTE TERCERA
CINCO PROPUESTAS DESDE LA ACTUALIDAD DE LA TEORÍA
DE LA NATURALEZA DE LA COSA

V. TRIPLE FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LA COSA 219

1. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO FUENTE DE DERECHO	219
2. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO FUNCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES.....	222
3. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO FUNDAMENTO DE LA <i>GRATIA</i> <i>VIVENDI</i>	223

**VI. LA LABOR LEGISLATIVA DESDE EL PRISMA DE LA
NATURALEZA DE LA COSA 225**

1. PROCESO DE ELABORACIÓN DE NORMAS A PARTIR DE LA NATURALEZA DE LA COSA.....	225
2. LA PROPUESTA DEL PLEBISCITO DIGITAL	233

**VII. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO VÍA DE ACCESO A
LO JUSTO REAL 243**

VIII. VINCULACIÓN ENTRE NATURALEZA DE LA COSA Y
TEOLOGÍA DEL DERECHO. LA CRISTOGÉNESIS 245

IX. LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN Y
LA NATURALEZA DE LA COSA COMO VÍA HACIA EL
CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL ANTE LA GLOBALI-
ZACIÓN 255

CONCLUSIONES..... 275

BIBLIOGRAFÍA..... 293

INTRODUCCIÓN

Al redactar la presente introducción, se plantea el autor la presentación sintética de los contenidos componentes de aquello que ha venido denominándose naturaleza de la cosa a lo largo del tiempo, desde una perspectiva actual. No siendo tarea fácil, puede afirmarse que existe un sentir común social que afecta a todos los individuos que, como ciudadanos, forman parte de una colectividad concreta. Si quienes gobiernan a esos ciudadanos, quienes elaboran leyes para los mismos y quienes los juzgan de acuerdo a tales normativas lo hacen en línea con ese sentir común, que debe estar plasmado en el ordenamiento jurídico vigente, la colectividad se desarrolla, esto es, camina hacia su plenitud de acuerdo con su naturaleza. Por el contrario, si las instituciones públicas encargadas de cumplir las funciones mencionadas realizan tales atribuciones arbitrariamente o de acuerdo a criterios ajenos a las personas sometidas a las mismas, se siembra disonancia, bien entre ciudadanos y gobernantes o aquellos y los poderes legislativo o judicial en su caso. Porque se estará juzgando, gobernando o legislando sin consonancia con la naturaleza de la cosa.

Como se verá a lo largo del presente trabajo de investigación, la naturaleza de la cosa está latente en la esencia de las personas que conforman un pueblo en un determinado momento histórico, en la realidad social. Es posible extraer normas de la misma, ya que como se expondrá se constituye en fuente tanto del derecho como de la jurisprudencia. Es una fuente dinámica, en permanente evolución, como las personas que conforman dicho pueblo. Sirve de criterio de interpretación normativo y de entelequia del poder ejecutivo, constituyendo el razonamiento teleológico, método para destilar normas a partir de la naturaleza de la cosa, una metodología idónea asimismo a la hora de desarrollar la labor legislativa.

Todo cuanto antecede, a fin de alcanzar la función económica y social que Santo Tomás de Aquino denomina la *gratia vivendi*, esto es, que el Estado sea capaz de proporcionar a sus ciudadanos las condiciones óptimas para que éstos no sólo sobrevivan, sino que vivan bien. Tal y como postula el Santo Padre Francisco, la orientación hacia los más desfavorecidos socioeconómicamente diagnostica la medida de grandeza de una sociedad. Y como asimismo planteaba el Papa Benedicto XVI en línea con lo sostenido en su día por San Pablo¹, será en la conciencia de los individuos que conforman una determinada sociedad donde comience la vida social auténtica, descansando en dicha conciencia el impulso de concretar en normas efectivas de derecho positivo los postulados que aseguren la dignidad de la persona en garantía de las libertades y los derechos fundamentales. A este sentir social que brota de las conciencias individuales y se concreta en tales normas de garantía es a lo que apunta la naturaleza de la cosa.

Las nuevas tecnologías ofrecen la posibilidad de aplicar de manera efectiva procedimientos de participación social directa para alcanzar los postulados de la naturaleza de la cosa, en camino hacia un constitucionalismo mundial que cuente con la aquiescencia efectiva de los ciudadanos, buscando asegurar de manera firme las mayores garantías de los derechos fundamentales.

De cuanto antecede se tratará en esta tesis, que ha sido estructurada, como exige el rigor metodológico, en una serie de fases que discurren desde el examen de las cuestiones generales que enfocan el tema que nos ocupa hasta el análisis concreto de las particularidades que brotan y se plantean desde la actualidad de la

¹“Cuando los paganos, que no tienen ley, cumplen naturalmente lo que manda la Ley, están escribiendo ellos mismos esa ley que no tienen, y así demuestran que las exigencias de la Ley están grabadas en sus corazones. Serán juzgados por su propia conciencia, y los acusará o los aprobará su propia razón”. San Pablo, *Epístola a los Romanos*, 2, 14-15.

teoría de la naturaleza de la cosa en el marco de la sociedad de hoy. Así, la investigación discurre a lo largo de cinco capítulos dividiendo la tesis en tres partes.

La primera parte engloba los capítulos I y II, planteándose en la misma el análisis conceptual previo a la teoría de la naturaleza de la cosa y realizándose una aproximación a las diversas concepciones de naturaleza, derecho natural y a la tesis iusnaturalista. En el capítulo I se abordarán las corrientes metodológicas esenciales que han contemplado la virtualidad de un método científico en la elaboración de la ciencia del derecho así como la complementariedad de las mismas, poniéndose el punto de atención en el método teleológico de raíz aristotélica o *verstehen* que, como se verá en capítulos posteriores, es fundamental en el proceso de elaboración normativa a partir de la naturaleza de la cosa. Seguidamente, en el capítulo II se profundiza en las diversas concepciones desde las que se ha contemplado a la naturaleza, entrando a considerar los postulados de Theilhard de Chardin que apuntan a la cristogénesis y como se concreta en la parte tercera de la tesis, a la vinculación entre la naturaleza de la cosa y la teología del derecho, constituyendo el razonamiento teleológico vía fundamental de acceso a las mismas.

La segunda parte contiene los capítulos III y IV. En el capítulo III se aborda una aproximación histórica a la teoría de la naturaleza de la cosa de la mano de diversos autores y corrientes de pensamiento que a lo largo de la historia han tomado en consideración el concepto de naturaleza y su relación con la justicia y el ordenamiento jurídico, particularmente los postulados de los autores contemporáneos más representativos de la Doctrina Jurídica Alemana y de la *Rechtstheorie*, concluyendo el capítulo con el debate sobre la naturaleza de la cosa en la segunda mitad del siglo XX. En el capítulo IV se entra de pleno en la actualidad, contemplándose la utilidad de los postulados de la naturaleza de la cosa para la sociedad

española actual. Se analizan los enemigos de la teoría (voluntarismo jurídico, legalismo y dogmatismo jurídico) así como las pretensiones que, partiendo de la lógica, buscan negar su posibilidad, estableciéndose los límites de la teoría en el marco de los derechos humanos y planteándose la naturaleza de la cosa desde las actuales perspectivas que la conciben a partir de la superación del positivismo y del iusnaturalismo clásico y enfocándola desde la perspectiva integradora de la nueva visión hermenéutica, en línea con el retorno a la concepción aristotélica de justicia real que debe conducir al postulado tomista de la *gratia vivendi*, fin último al que apunta la teoría objeto de esta tesis y que es coincidente en objetivos con la propuesta realizada por Norberto Bobbio consistente en plantear la naturaleza de la cosa como función económico-social de las instituciones. Para finalizar este capítulo y con carácter previo a abordar las propuestas y conclusiones de la tesis, se presenta una síntesis cronológica de autores y posicionamientos favorables y desfavorables (ya sea directa o indirectamente) a la teoría de la naturaleza de la cosa, a fin de proporcionar al lector en una consulta ágil y resumida la síntesis de planteamientos sobre la naturaleza de la cosa que se han abordado en páginas precedentes y que se encuentran esparcidos a lo largo de los diversos capítulos de la obra, adicionándose asimismo algunas referencias novedosas a nuevos autores no contempladas al considerarse que tales posicionamientos afectan a la teoría que ocupa esta tesis de una forma no tan relevante o directa como para dedicarles un apartado específico, pero sí con suficiente importancia para ser considerados.

Finalmente, en la parte tercera y última que comienza en el capítulo V y se desarrolla hasta el noveno, se plantean una serie de propuestas desde la actualidad de la teoría de la naturaleza de cosa: su carácter de fuente informal, indirecta y material de derecho, en línea con lo sostenido por autores como H. Schambeck, w. Maihofer, K. Larenz, E. Díaz, N. Bobbio y G. del Vecchio; la concepción de la

naturaleza de la cosa como función económica y social de las instituciones y fundamento de la *gratia vivendi* tomista; el proceso de elaboración de normas a partir de la naturaleza de la cosa y la propuesta del plebiscito digital, ante las posibilidades que abren las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación; su carácter como vía de acceso a lo justo real; la vinculación metodológica entre naturaleza de la cosa y teología del derecho en los postulados teilhardianos que apuntan a la cristogénesis (si bien el derecho natural de contenido sociológico, evolutivo, concreto y de contenido variable dimanante de la naturaleza de la cosa está al margen de premisas de corte metafísico) y el carácter de la teoría de la naturaleza de la cosa como vía hacia el constitucionalismo mundial, en el vigente proceso de globalización y a la luz de los derechos humanos de tercera generación. Por último, se formulan trece conclusiones como síntesis de la presente tesis doctoral.

Para finalizar esta introducción, ha de hacerse referencia a lo fundamental (y se diría que urgente) de la asignación de un papel predominante a los postulados de esta teoría, en unos momentos en los que analizando las noticias del devenir cotidiano, como las referidas en esta obra, se aprecia que las disonancias entre el sentimiento ciudadano y el gobierno efectivo pueden conducir a rupturas sociales no deseables, contrarias a la paz social que el derecho trae o debe proporcionar, fin último al que sirve el derecho. La presente tesis, carente de ideología de cualquier signo, trata de apuntar hacia dónde conduce tal camino disonante; y, asimismo, de señalar otra vía, en la que la justicia y la paz se encuentren.

Justicia y paz de la mano de la naturaleza de la cosa. El procedimiento para alcanzarlas constituye el tema central de esta tesis, apuntando en último, pero no menos importante, lugar a la consideración de la concepción theilhardiana de la cristogénesis como meta final del ser humano, lo cual se manifiesta en la naturaleza de la

cosa y deberá conducir hacia una solidaridad efectiva, real, y a la común unidad de los pueblos en el amor. Aunque tal planteamiento tenga trazas de utopía, se tratará, sin duda, de la utopía ínsita en el cristianismo, una utopía de común-unidad que servirá de camino para el progreso humano, progreso basado entre otras cosas en las conciencias individuales y colectivas de los ciudadanos que conforman una sociedad.

La vida es tiempo en el camino. Un camino por el que el ser humano avanza esperando alcanzar la plenitud. Si se avanza de acuerdo con los postulados de la naturaleza de la cosa, de tan necesaria aplicación al tiempo en que se redacta esta tesis, se caminará de acuerdo a la esencia de los pueblos hacia ese real ser de los mismos que conforma su naturaleza, rumbo a la paz social que el derecho ha de proporcionar como meta que le es propia, en un mundo más fraterno producto de su historia, de todos los errores cometidos y logros alcanzados en el proceso que constituye el progreso humano.

PARTE PRIMERA

APROXIMACIÓN METODOLÓGICA Y CONCEPTUAL A LA NATURALEZA DE LA COSA

I. CONCEPTOS PREVIOS A LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA COSA: DIFERENTES VÍAS EN LA ELABORACIÓN DE UNA CIENCIA DEL DERECHO

1. VIRTUALIDAD DE UNA CIENCIA DEL DERECHO. EL MÉTODO CIENTÍFICO

En primer lugar, se plantea la posibilidad de una ciencia del derecho así como la virtualidad de una definición que solvente de forma definitiva el contenido del término “ciencia”. Muchas han sido las definiciones que han tratado de responder a esta pregunta. J. M. Mardones², entrando a considerar los planteamientos de la filosofía de la ciencia o epistemología de la mano de P. Thuillier, expone cómo la ciencia se ha convertido en la gran *vedette* de la sociedad occidental. Se la ha estudiado desde diversos ángulos: la epistemología o filosofía de la ciencia, la sociología de la ciencia, la psicología de la ciencia, la politología de la ciencia, etc. Ante la cuestión de si poseen los científicos una definición precisa de lo que es la ciencia, Mardones responde que nada es menos seguro, pues los científicos *hacen* las ciencias y después de discusiones se ponen de acuerdo en el valor de

²MARDONES, J. M., *Filosofía de las ciencias humanas y sociales: materiales para una fundamentación científica*, Anthropos, 1991, págs. 62 a 67.

determinados resultados, pero la ciencia no está definida de una vez por todas.

Otro tema de discusión lo constituirá el método científico, esto es, la metodología más idónea a emplear en la construcción de la ciencia. El debate sobre dicha metodología y su adecuación tendrá el carácter de filosófico, si bien seguidamente se apunta una explicación de sentido. Desde siempre, el ser humano se ha planteado *por qué* ocurren las cosas. Sin embargo, tal pregunta puede formularse en múltiples direcciones. Se puede preguntar desde por qué llueve o hace sol, a por qué unos hombres mueren de hambre mientras otros están saciados, o simplemente el porqué de una ley, o de la Ley o el derecho en sí mismos. A todas estas preguntas se ha buscado una explicación que se entienda como correcta, que pueda ser cierta y válida. En dicha búsqueda, otras preguntas saltan a la palestra. Primeramente, *¿cómo* se busca la respuesta?

Algunos autores considerarán que partiendo de los datos particulares hasta llegar a conclusiones generales. Otros plantearán lo contrario, sugiriendo que hay que deducir de lo general el dato concreto. Así, frente a aquéllos que buscan una explicación mecanicista que ponga de manifiesto una causa próxima y concreta de un determinado fenómeno, otros pensadores indagarán en la causa última del mismo, en la explicación final que permita comprender globalmente tal fenómeno. Habrá quien sugiera seguir sólo lo que digan los sentidos, lo palpable empíricamente, mientras otros secunden planteamientos dimanantes en exclusiva de la razón. En cuanto al contexto, se plantea asimismo la cuestión de la búsqueda de las implicaciones que rodeen e influyan en el objeto de estudio científico, o bien la posibilidad de realizar tal estudio de forma abstracta si es que es posible.

Recapitulando lo expuesto, se postula que el método a aplicar pase por analizar en particular lo particular y en general lo general.

Se estudiarán en su contexto los fenómenos que lo tengan. Se aplicará a cada estudio el método que se entienda más conveniente, complementando razón y experiencia, inducción y deducción y, sobre todo, teleología y mecanicismo, pues no existe causa final sin causas próximas ni causa próxima que no persiga una final o quizá, una causa final que sea próxima de una a su vez más elevada.

En cuanto a la *ciencia*, partiendo de lo referido es factible entenderla como la disciplina que busca proporcionar una explicación al porqué antedicho, a la causa por la que ocurren las cosas ya sea aplicando una u otra metodología. J. Ladrière³ ofrece una definición de la misma entendiendo por ciencia la reconstrucción conjetural de la realidad. Respecto al *método*⁴, se puede definir como el procedimiento regular y siempre repetible, formulado explícitamente, en orden a la consecución de algo, en este estudio, el conocimiento científico-jurídico. Sostiene Karl Larenz⁵:

“La Jurisprudencia no trata de lo cuantificable. Quien vea el signo distintivo de la ciencia en que ésta procure elaborar sus objetivos de tal modo que éstos sean medibles y, debido a ello, los resultados de la ciencia sean matematificables, tiene que excluir de antemano del campo de la ciencia a la jurisprudencia, pero también a muchas otras ciencias, que no proceden, o no exclusivamente, a la manera de las ciencias naturales”.

Así, no será de aplicación la misma metodología a las ciencias naturales que a la ciencia del derecho. En ello se profundizará en el apartado cuarto del capítulo IV; pero antes de pasar a considerar los

³MARDONES, J. M., *op. cit.*, pág. 400.

⁴MARDONES, J. M., *op. cit.*, pág. 403.

⁵LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, 1994, pág. 186.

diferentes planteamientos metodológicos procede plantear una cuestión de base. Por ejemplo, la física estudia y busca explicación al universo y las leyes de la naturaleza, pero ¿quién explica la física? De tal manera, ante la pregunta de cuáles serán los caracteres que ha de tener la disciplina que estudie la ciencia, esto es, si constituirá una disciplina científica o filosófica o si es posible hacer una ciencia de la ciencia, la respuesta conduce a que tal cuestionamiento abre una discusión de segundo grado y apunta a la evidencia final de que no es posible hacer una ciencia de la ciencia, ya que tal estudio trasciende a la ciencia misma tomando el carácter de filosófico. Por tanto, en el proceso de construcción de una ciencia del derecho, independientemente de la aplicación de uno u otro método, se concluye cómo la discusión sobre dicha metodología y su adecuación tendrá el carácter de filosófica.

A continuación, se presentan dos corrientes tradicionales que abordan metodológicamente el proceso de elaboración científico; tal y como se plantea en los capítulos siguientes, una de ellas, de tradición aristotélica, finalista o teleológica, será pieza clave a la hora de extraer reglas desde la naturaleza de la cosa.

2. DOS CORRIENTES METODOLÓGICAS COMPLEMENTARIAS: ENTRE *ERKLÄREN* Y *VERSTEHEN*

Primeramente, hablando de ciencia y ciencias y entrando en el campo de las distinciones, considérese la diferenciación según el *objeto* de estudio. Así, W. Dilthey⁶ distingue entre ciencias naturales y culturales, según busquen explicar los fenómenos de la naturaleza o bien analizar los hechos histórico-sociales a pesar de que, como muy bien afirma el mismo Dilthey, los hechos de la vida natural no están separados de la unidad vital psicofísica de la naturaleza humana, no pudiendo limitarse una teoría de las llamadas ciencias del espíritu a lo meramente "espiritual", prescindiendo de esa totalidad en la que consiste la naturaleza humana. Junto a esta distinción entre ciencias naturales y culturales, se suma una tercera que hace alusión a las denominadas ciencias formales. Estudiarían éstas la matemática y la geometría, describiendo estructuras elementales, formales, pues en ellas no se busca el contenido material en tanto en cuanto son estructuras que lo portan o permiten llegar a él.

Tras las distinciones por el objeto, se plantea una distinción *metodológica* entre ciencias naturales y del espíritu, iniciando así una controversia en cuanto al método. Las primeras serían ciencias de la explicación (*erklären*), mientras en las segundas se buscaría la comprensión (*verstehen*). Se propone así la búsqueda del método más adecuado en el proceso de elaboración científico, ya se postule describir frente a comprender, mecanicismo frente a teleología, considerar hipótesis causales que formularán en términos de leyes y relacionando fenómenos determinados numéricamente explicaciones científicas frente a explicaciones que buscan el porqué y para qué

⁶DILTHEY, W., *Introducción a las ciencias del espíritu*, Alianza, 1980, págs. 40 a 42.

últimos, la causa final, a partir del método inductivo-deductivo. En suma, la contraposición entre el método analítico y el sintético.

Si bien puede apreciarse complementariedad más que contraposición entre tales métodos, como se analizará, es momento de apuntar que con lo dicho se han descrito a grandes rasgos dos grandes corrientes metodológicas: la *empírico-analítica*, que se identifica en el método de las ciencias naturales, y la *teleológico-finalista*, que apunta a la búsqueda de la comprensión más allá de la mera explicación. Tal y como señala K. Larenz⁷:

“La interpretación teleológica quiere decir interpretación de acuerdo con los fines cognoscibles e ideas fundamentales de una regulación. La disposición particular ha de ser interpretada en el marco de su posible sentido literal y en concordancia con la conexión de significado de la ley, en el sentido que óptimamente corresponda a la regulación legal y a la jerarquía de estos fines. Al respecto, el intérprete ha de tener siempre ante la vista la totalidad de los fines que sirven de base a una regulación”.

Esta última vía de interpretación será fundamental a la hora de extraer normas desde la naturaleza de la cosa, como se verá en los capítulos siguientes. A continuación, se presentan con mayor profundidad las corrientes metodológicas descritas, cuyos planteamientos tienen su origen bien en la tradición aristotélica, bien en la galileana⁸.

En cuanto a la tradición aristotélica, finalista o teleológica:

- a) Se parte de la observación de los fenómenos concretos.

⁷LARENZ, K, *op.cit.*, pág. 330.

⁸MARDONES, J. M., *op. cit.*, págs. 19 a 57.

- b) Se busca explicar, dar razón del porqué de estos fenómenos.
- c) Se llega así a la formulación de principios generales explicativos, partiendo de la observación de fenómenos particulares. Es éste el método inductivo, o sintético, pues se realiza de abajo hacia arriba.
- d) Una vez obtenidos los principios generales, se busca deducir enunciados acerca de los fenómenos (es, por tanto, un método deductivo que sigue al inductivo), persiguiendo dar respuesta a las cuatro causas que se dan en todo fenómeno: la formal, la material, la eficiente y, sobre todo, la final. Esto es esencial en la tradición aristotélica: la explicación teleológica o finalista, el dar cuenta del *telos* del fenómeno.
- e) Desde una perspectiva externa, el hombre, que observa e induce para luego deducir, hace girar su entendimiento en torno a las cosas, buscando su comprensión última, o *verstehen*.

Por su parte, el método de tradición galileana es un método que busca explicaciones causales, pero mecanicistas:

- a) Se concibe que el universo sea un flujo de acontecimientos que suceden según leyes.
- b) El hombre es el centro de dicho universo y la medida de todas las cosas según la concepción humanista, concepción que asimismo recupera la tradición pitagórica-platónica de que el libro real de la naturaleza está escrito en términos matemáticos.
- c) Junto al humanismo y a la recuperación matemática, el capitalismo incipiente de la floreciente burguesía busca

lo útil, lo práctico. Traducido al ámbito científico, se buscará el control de la naturaleza desde el punto de vista más práctico e inmediato, sin buscar el porqué o para qué últimos.

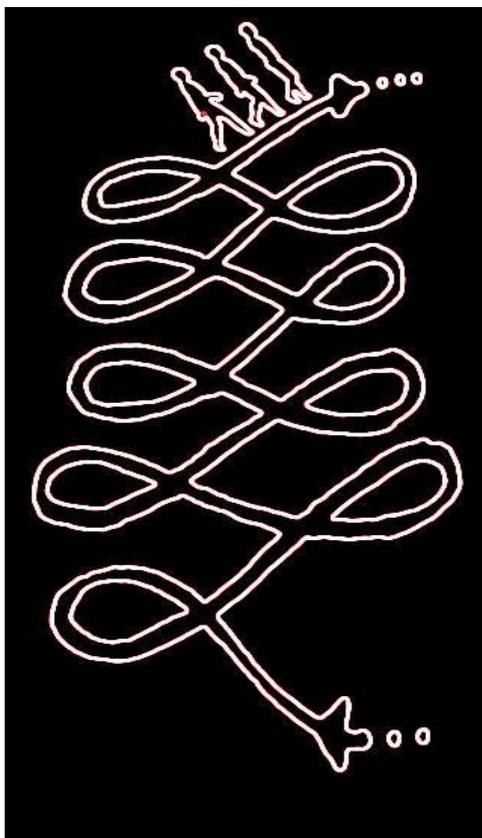
- d) En este estado de cosas, Galileo enfatiza el valor de la abstracción e idealización de la ciencia; hay que trabajar con conceptos ideales, arrinconando las diversas complicaciones empíricas.
- e) Así, resulta un método científico que formula la explicación de un hecho en términos de leyes, relacionando fenómenos determinados numéricamente, matemáticamente, mediante hipótesis causales, entendidas como mecanicistas, que buscan un control inmediato, frente a la concepción finalista o teleológica. Se pasa a un método analítico-deductivo, de arriba hacia abajo, de descomponer el todo en sus partes, de formulación de leyes que luego habrá que comprobar empíricamente, comparando las hipótesis y las consecuencias deducidas mediante la observación y la experimentación.
- f) El hombre que observaba para poder generalizar y luego a su vez deducir teleológicamente da paso a aquél cuyo entendimiento es el centro de las cosas, girando estas en torno a él, limitándose él mismo a dar explicación de las mismas mediante la formulación de leyes y postulados luego comprobables empíricamente; es la explicación causal, o *erklären*.

De esta manera quedan expuestos ambos planteamientos con las diferentes condiciones, según cada uno, que ha de satisfacer una explicación que se quiera denominar científica. En ellos hundirán sus

raíces dos grandes corrientes metodológicas: por un lado, la *empírico-analítica* y sus postulados galileanos que darán pie a lo que se denominará positivismo; es el *erklären*, la *explanation*, la explicación o explicación. Por otro, la *hermenéutica* tradicionalmente concebida⁹, reacción ante el positivismo y cientifismo del XIX, que pretenderá alcanzar el *verstehen*, la comprensión desde dentro, más allá de la mera explicación racional. Más adelante se aludirá a la corriente *dialéctica*, que de la mano de la Escuela de Frankfurt buscará un planteamiento integrador y enfatizará el valor del lenguaje como presupuesto de la ciencia y de toda comunicación.

Póngase el centro de atención en las corrientes empírico-analítica y hermenéutica, *verstehen* frente a *erklären*. Habrá quien considere irreconciliables metodológicamente ambos métodos; al respecto, plantéese la siguiente imagen sugerida a fin de comprender en un golpe de vista lo que se propone: una cinta transportadora en la forma representada en la ilustración del autor de esta tesis, que seguidamente se presenta, por la que se camine y que ascienda y descienda de izquierda a derecha y viceversa, como se indica, indefinidamente:

⁹En el capítulo IV se volverá sobre los planteamientos hermenéuticos, presentándose una visión renovada y ampliada de los mismos.



Observándola, puede plantearse si será mejor progresar ascendiendo hacia la derecha o hacia la izquierda, si bien desde una perspectiva global el itinerario que asciende hacia la derecha constituye una parte de la ruta que posteriormente lleva hacia la izquierda, y al revés. Al caminar hacia un lado se está ascendiendo al mismo tiempo hacia el otro y más allá. Los desplazamientos hacia uno u otro lado a lo largo de dicho peregrinaje constituirán dos momentos del recorrido, del *único* recorrido. Es necesario avanzar hacia un lado para ascender hasta el otro, siempre ascendiendo hacia un nivel superior. Y entre desplazamiento y desplazamiento se progresa.

Tras lo expuesto y volviendo al tema metodológico, ante la cuestión de qué método científico será mejor, *verstehen* o *erklären*, se sugiere que probablemente ninguno y ambos. Cada uno corresponde a un *momento* de lo que es. Será el objeto de estudio concreto, aquél al que se aplique el método científico así como las circunstancias del mismo lo que determinará en ese momento, en ese punto del recorrido por la “cinta transportadora infinita del progreso científico” (según la imagen anterior) la metodología a aplicar. Lógicamente, a la hora de determinar el método científico ha de tenerse en cuenta a qué se aplica. No procede una uniformidad metodológica cuando las cosas y fenómenos objeto de estudio no son uniformes. Así, se aplicará el método científico de las ciencias naturales a los objetos susceptibles de tal análisis y se buscará la comprensión teleológica de los fenómenos históricos y sociales¹⁰, pues los hechos humanos son algo más que mera apariencia; presentan un trasfondo del cual las manifestaciones y apariencias externas son una mera punta de iceberg. Ciertamente habrá excepciones, más aún en el campo de las ciencias humanas y sociales en las que se incluye el derecho. Particularmente, en el caso del estudio objeto de esta tesis será el razonamiento teleológico o *verstehen* el método más idóneo, como se planteará en los capítulos siguientes.

A manera de puntualización, considérese que frente a la aparente contradicción es posible la integración, la complementariedad metodológica. Y en esta línea apuntan los *métodos dialécticos*, cuyos postulados se exponen someramente a continuación.

¹⁰Como se verá en el apartado cuarto del capítulo IV, al considerarse la relación entre derecho y lógica en línea con lo señalado por L. Ferrajoli y en contraposición a los postulados de E. Garzón Valdés.

La dialéctica es algo más que un método de conocimiento. Tal y como señalan J. Navarro Cordón y T. Calvo Martínez¹¹, para Hegel constituye la *naturaleza y estructura de lo real* y por ello también será el modo de proceder del conocimiento y de acceder a la captación y expresión de la realidad. La corriente dialéctica estudia la sucesión o movimiento del pensamiento (espíritu) en forma de tríada: tesis, antítesis, síntesis. Afirmación, negación, superación¹². Pero, más hegeliano que caracterizar tal corriente mediante la mera mención de esas tres palabras como tres pasos sucesivos, entendiendo dicha “triplicidad” de un modo formalista y abstracto, con la consiguiente desvirtualización de su naturaleza, es pensar en la dialéctica como un todo estructural complejo, constituido por tres momentos o aspectos co-implicados, y que Hegel denomina:

- a) El momento *abstracto o intelectual*. Se formula la tesis. Rigen los principios de inmediatez-mediación.
- b) El momento *dialéctico o negativo-racional*. Se formula la antítesis. Rige el principio de totalidad.
- c) El momento *especulativo o positivo-racional*. Es el momento de la síntesis. Rige el principio de superación.

Desde una perspectiva dialéctica, la realidad será procesual, regida y movida por la contradicción, constituida como oposición de contrarios, y su superación, para un nuevo comenzar en una nueva “superación de la superación”. Se aplica la Ley de la negación de la negación, según la cual lo viejo (*afirmación*) es reemplazado por lo

¹¹NAVARRO CORDÓN, J. M. y CALVO MARTÍNEZ, T., *Historia de la Filosofía*, Anaya, 1985.

¹²Sobre el pensamiento hegeliano y la dialéctica, véase HEGEL, G. W., *Introducción a la Historia de la Filosofía*, Aguilar, 1975; HEGEL, G. W., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Porrúa, 1973, y KOJEVE, A., *La dialéctica de lo real y de la idea de la muerte en Hegel*, La Pléyade, 1972.

nuevo (*negación*), y lo nuevo es reemplazado por algo todavía más nuevo (*negación de la negación*), que sirve para reinstaurar aspectos de lo viejo, pero a nivel superior de desarrollo. El conocimiento, el verdadero conocimiento, tiene una estructura dialéctica, porque se remite a una realidad dialéctica a su vez. Y se progresa, de la afirmación a la negación y a la superación sintética, sirviendo dicha síntesis como tesis para un nuevo paso y sucesivamente, aspirando alcanzar un día la síntesis final: el Todo. La postura dialéctica o crítico-hermenéutica tendrá amplitud de representantes, entre ellos Marx, Th. W. Adorno, J. Habermas, K.O. Apel y todos los pensadores de la escuela de Frankfurt, tanto primera como segunda.

Para concluir este capítulo, quepa apuntar una breve reflexión sobre el papel fundamental que desempeña el lenguaje. Si bien la ciencia se refiere a un interés cognoscitivo emancipatorio, a la autorreflexión y a conducir en suma al hombre hacia un ejercicio adulto de la razón, libre, para dicho ejercicio racional, intersubjetivo, es necesario el presupuesto básico y universal de comunicación que es el lenguaje. De estos planteamientos partirán los *métodos lógico-lingüísticos*, pues no se puede hacer ciencia sin tal presupuesto. Por otra parte, ¿habrá que presuponer la existencia de un lenguaje objetivo, universal e intersubjetivo? Tal suposición sería errónea, conduciendo hacia una comprensión parcial y limitada. El profesor Muñoz de Baena y Simón¹³ resalta la importancia del lenguaje, en el más amplio de los sentidos; esto es, el derecho como lenguaje que es, como sistema de signos. Subraya asimismo el papel del intérprete del derecho como un operador, un sujeto gnoseológico que manipula una serie de realidades fisicalistas y fenoménicamente dadas. En tal concepción, realmente operativa, desarrollada de forma consecuente,

¹³MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., “¿Comprender o explicar? Constructivismo y descripcionismo en la Teoría de la Ciencia Jurídica”, *Boletín de la facultad de Derecho*, UNED, nº 2, 1993.

entiende el profesor Muñoz de Baena que se evitaría la evacuación del contenido propio de las perspectivas constructivistas, que ya se apuntó y que se analizará en el capítulo siguiente. Se realizaría un planteamiento lógico-material, no lógico-formal; un planteamiento lógico y real.

Queden así presentados los métodos lógico-lingüísticos. Quizá a través de ellos se camine hacia una verdadera ciencia jurídica, posible y real. Pero siempre, sea cual sea la metodología aplicable, es importante recordar que cada momento está inserto en el proceso dialéctico de tesis, antítesis o síntesis en ese peregrinaje por el proceso del conocimiento humano que es la búsqueda gnoseológica. Momentos tan sólo, entre *erklären* y *verstehen*, progresando y avanzando probablemente hacia la superación y el “punto evolutivo final” que constituya el Todo¹⁴.

¹⁴Dicho punto evolutivo se considera en el capítulo II de la presente tesis, al abordar los postulados de Teilhard de Chardin.

II. NATURALEZA Y IUSNATURALISMO. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTOS

1. EL CONCEPTO DE "NATURALEZA"

1.1. Definiciones

En primer lugar, se plantea la búsqueda de una definición plausible que pueda aplicarse al término "Naturaleza". Luis Recaséns Siches¹⁵ sostiene que:

"...El concepto de la naturaleza, según los clásicos, según Aristóteles y Santo Tomás, engloba todo lo que existe en nuestro mundo: no sólo los objetos físicos, materiales, sino también la totalidad del hombre, que es espíritu y cuerpo, y las instituciones humanas y las instituciones sociales: la ciudad, los grupos familiares, las asociaciones..."

Por su parte, el profesor Fernández-Galiano se aproxima al significado de dicho término por oposición a otras realidades¹⁶:

"...Así, si contraponemos naturaleza a sobrenaturaleza, natural significará todo aquello en cuya producción o desarrollo no intervienen factores extrahumanos; naturaleza como opuesto a cultura representa un sentido de lo primario y espontáneo (tal como lo concibió, por ejemplo, ROUSSEAU);

¹⁵RECASÉNS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de las cosas y Lógica "razonable"*, Universidad Autónoma de México, 1971, pág. 205.

¹⁶FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural Introducción filosófica al Derecho*, Ceura, 5ª edición, págs. 75 y ss.

cuando naturaleza se enfrenta a espíritu, lo natural se circunscribe al mundo de la materia; si consideramos la naturaleza como opuesto a libertad, aquella comprenderá la zona de la necesidad y la causalidad, siendo libre lo contingente y lo que es consecuencia de un obrar finalista; puede entenderse lo natural como lo contrario de artificial, es decir, como aquello que tiene existencia independiente de la transformación operada por la actividad humana; por último, decimos de un suceso o conducta que es natural contraponiéndolo a extraño o anómalo, cuando se produce de modo normal y en el sentido que cabría esperar”.

1.2. Concepciones Cosmológica y Metafísica clásica

En línea con lo que antecede y de acuerdo con lo sostenido por Fernández Galiano¹⁷, se puede asimilar el término naturaleza por su significación en cada uno de los diferentes contextos, a lo humano, lo primario y espontáneo, la materia, la necesidad y la causalidad, independiente de la actividad humana y que se genera de modo normal. Plantea tres versiones de la concepción cosmológica clásica, que identifica a la naturaleza con el conjunto de los seres corpóreos. En primer lugar, la *concepción cosmológica organicista*¹⁸, que presenta a

¹⁷Las definiciones o concepciones sobre el significado del término naturaleza que se plantean a lo largo de este capítulo se nutren fundamentalmente de los planteamientos que se presentan en la obra de FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural Introducción filosófica al Derecho*, Ceura, 5ª edición, págs. 75 a 258. No se ha considerado necesario buscar una mayor confrontación de autores u opiniones divergentes al respecto, puesto que el tema abordado tiene mero carácter introductorio y terminológico, de presentación de conceptos que serán considerados en profundidad en los capítulos siguientes.

¹⁸“...1. La primera es la correspondiente al mundo griego, o concepción *organicista*, que concibe el cosmos como un gran ‘organismo’, es decir, animado por un principio intrínseco al que se debe la regularidad con que se

la naturaleza del cosmos como un organismo animado por un principio vital intrínseco, el *logos*, identificado con la razón, que es el que genera el orden en el mismo. En segundo lugar, la *concepción cosmológica mecanicista*¹⁹, que concibe a la naturaleza como un mecanismo animado desde fuera mediante leyes externas, procedentes de la razón divina. En tercer lugar, plantea la *concepción cosmológica historicista*²⁰ de naturaleza; desde dicha perspectiva, los

producen los fenómenos naturales; si el mundo es ordenado es porque el orden viene impuesto por ese principio yacente en las cosas mismas. Tal principio, llamado frecuentemente *logos*, esto es, razón, elemento racional, actúa desde las cosas como una ley que hace que el mundo sea un *cosmos* armónico y coherente. Realmente, todo el pensamiento griego, en más o en menos, responde a esta concepción del mundo, aunque de modo más ostensible se manifiesta ésta en los presocráticos, los estoicos y PLOTINO". En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Op. cit.*, págs. 76 y 77.

¹⁹2. La segunda concepción es la *mecanicista*, en la que se considera la naturaleza o conjunto de seres no ya como un organismo, sino como un 'mecanismo', esto es, como algo inerte que, si se produce en sus manifestaciones de modo regular, no es por virtud de un principio ínsito en las cosas, sino por algo que opera en el mundo 'desde fuera': las leyes procedentes de la razón divina, que es transcendente a la naturaleza por cuanto Dios es creador de ella; ejemplos muy característicos de esta concepción nos ofrecen los cultivadores de las ciencias naturales en el Renacimiento: LEONARDO DE VINCI, COPÉRNICO, KEPLER, GALILEO, etc. Aunque COLLINGWOOD llama a esta concepción renacentista, lo cierto es que ya en el pensamiento medieval se tiene una visión mecanicista del mundo, como lo demuestra el concepto de ley eterna". En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Op. cit.*, págs. 76 y 77.

²⁰3. Por último, se da modernamente la concepción *historicista*, que ve en el cosmos una realidad sujeta, como todas, a la evolución, trasladando el dinamismo propio de lo histórico al reino de las ciencias cosmológicas: frente al fixismo imperante hasta el siglo XIX, que concebía el mundo no humano como algo inmutable y fijo, se descubre ahora que no sólo las especies vivas, sino también los seres inertes están afectados por el movimiento evolutivo, es decir, tienen historia; este es el sentido con que la naturaleza es contemplada, por ejemplo, por LAPLACE, KANT y el vasto

seres vivos y el cosmos son entidades sujetas a la historia y a la evolución.

Ante tales posiciones, surge la pregunta de si esta última concepción puede entenderse contraria a los anteriores modelos o bien puede encontrarse entre los mismos un nexo de unión. Al respecto, se postula plausible la existencia de un gran organismo, la naturaleza, entendida como conjunto de seres corpóreos o cosmos, animado simultáneamente por el logos o principio intrínseco yacente en la esencia misma de las cosas y a su vez por el principio extrínseco de la razón divina. Por ello, sería imperativo plantear también si no constituirán razón divina y logos intrínseco dos manifestaciones de un mismo principio y, por último, si lo anterior será incompatible con la concepción de que los seres así concebidos están sometidos al proceso histórico de la evolución, en aras a culminar su perfeccionamiento. De esta forma, las tres concepciones pueden sincronizarse como visiones parciales de una sola realidad, esto es, la naturaleza como conjunto de organismos en evolución hacia un destino superior. Y llegados a este punto, cabe plantear cuál será dicho destino.

Para el Jesuita Teilhard de Chardin, citado por el Papa Benedicto XVI en su reflexión de la carta de San Pablo a los Romanos²¹, la evolución camina hacia un denominado *Punto Omega* al

movimiento evolucionista en sus diversas versiones, encabezado por Carlos DARWIN...". En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Op. cit.*, pág. 77.

²¹"Precisamente éste es el contenido de la primera parte de la oración que sigue: 'Haz que tu Iglesia se ofrezca a ti como sacrificio vivo y santo'. Esta pregunta, dirigida a Dios, se dirige también a nosotros mismos. Constituye una referencia a dos textos de la Carta a los Romanos: en el primero, san Pablo dice que tenemos que convertirnos en un sacrificio vivo (Cf. 12, 16). Nosotros mismos, con todo nuestro ser, tenemos que ser adoración, sacrificio, restituir nuestro mundo a Dios y transformar así el mundo. En el segundo, donde Pablo describe el apostolado como sacerdocio (Cf. 15, 16), la función del sacerdocio consiste en consagrar al mundo para que se convierta

final del tiempo, en el cual se producirá la fusión de la creación con el Logos. Ese Punto Omega de la evolución es lo que denomina el *Cristo Cósmico*, que nos atrae desde la eternidad y marca las pautas evolutivas hasta el momento sublime de fusión en la divinidad: "...el punto omega de convergencia final total: Cristo es centro de todos los centros"²².

Recapitulando cuanto antecede y sin ánimo de abundar excesivamente en lo ya comentado, la propia Biblia presenta la historia de la Salvación como un *iter*, como Camino que se recorre progresivamente, evolutivamente desde la Antigua a la Nueva Alianza, y cómo Dios mismo se va revelando poco a poco con mayor profundidad al ser humano a través de los tiempos (véase Antiguo Testamento, Éxodo 3:14, donde Dios revela su Nombre a Moisés como "yo soy el que soy" o "yo seré el que seré"²³, traducción del

en hostia viva, para que el mundo se convierta en liturgia: que la liturgia no sea algo al margen de la realidad del mundo, sino que el mundo mismo se convierta en hostia viva, se convierta en liturgia. *Es la gran visión que después tuvo también Theilhard de Chardin: al final, tendremos una verdadera liturgia cósmica, en la que el cosmos se convierta en hostia viva.* Y pedimos al Señor que nos ayude a ser sacerdotes en este sentido para ayudar en la transformación del mundo, en adoración de Dios, comenzando por nosotros mismos. Que nuestra vida hable de Dios, que nuestra vida sea realmente liturgia, anuncio de Dios, puerta en la que el Dios alejado se convierta en Dios cercano, y realmente don de nosotros mismos a Dios". BENEDICTO XVI, "Homilía de Vísperas", 24 de julio de 2009 en la Catedral de Aosta, *L'Osservatore Romano*, 29/7/2009. El remarcado en cursiva lo realiza el autor de la tesis.

²²Al respecto, véase ABRIL CASTELLÓ, V., "Theilhard de Chardin, Filósofo del Derecho", *Anuario de filosofía del derecho*, nº 15, págs. 139-196, 1970.

²³La traducción de Ex 3:14 que se cita: "*Yo soy el que soy. Alt. Yo seré el que seré*" está tomada de La Santa Biblia, Nueva Versión Internacional, Bíblica Inc., 1999. La génesis de la tradicional traducción "YO SOY EL QUE SOY" es la construcción hebrea "אהיה אשר אהיה" (EHYEH ASHER EHYEH), la cual presenta un aspecto verbal imperfecto, que apunta en un sentido que se está

hebreo que indica un aspecto verbal inacabado, que se va haciendo progresivamente) hasta culminar en la revelación de Jesucristo (“Yo soy el Alfa y la Omega, dice el Señor Dios, Aquel que es, que era y que va a venir”, en el libro del Apocalipsis 1:8). Posteriormente se retomarán tales postulados desde la visión cosmológica de Theilhard de Chardin, el cual no fue jurista, pero desde sus planteamientos se sugiere la posibilidad de construir una teología del derecho como punto omega de las ciencias jurídicas, donde el derecho se convierta en epicentro del desarrollo comunitario²⁴, presentándose todo ello a partir de lo que es la propia teoría de la naturaleza de la cosa.

Continuando con las concepciones tradicionales que han venido considerando a la naturaleza, le llega el turno a la concepción metafísica clásica, de raíz aristotélica. Como expone Fernández Galiano²⁵, desde esta concepción se entiende a la naturaleza como el modo de ser de cada ente –o de cada especie– en particular, lo que le tipifica y constituye. Así, naturaleza de un ser será equivalente al principio constitutivo del mismo y al modo de ser de cada ente, pero también a la fuente de su actividad específica, al principio que origina su dinamismo²⁶. Por tanto, la concepción metafísica aristotélica

gestando y se presenta actualmente inacabado, como quizá se traduce más adecuadamente en "YO SERÉ EL QUE SERÉ".

²⁴ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, págs. 185 y ss.

²⁵“... Naturaleza, en este sentido, equivale al *modo de ser* que tiene cada realidad, es decir, al modo como cada realidad se manifiesta siendo; así se dice, por ejemplo, que el olmo tiene una naturaleza vegetal. En ocasiones, el término ‘naturaleza’ se utiliza –aunque, claro está, tal empleo no es correcto en un lenguaje estrictamente filosófico–, no para designar un modo de ser esencial, sino accidental, si bien aludiendo a una característica tan arraigada en el sujeto que parece pertenecer a su misma esencia; es lo que ocurre cuando decimos, v. gr., que una persona es de naturaleza colérica o apacible”. En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Op. cit.*, págs. 77 y 78.

²⁶“...Pero la naturaleza del ser es, a la vez, en esta concepción, lo que determina las operaciones propias de ese ser, la fuente de su actividad específica, de suerte que cada ser realiza los actos propios de su especie

presenta la naturaleza no sólo como el modo de ser que es propio a cada ente o su principio constitutivo, sino como la *esencia* del mismo, la fuente de su dinamismo específico que determina que algo sea lo que es y no otra cosa.

En el capítulo III de esta tesis se profundizará en la doctrina aristotélica sobre la naturaleza, en la posición teleologista del Estagirita y en su planteamiento del fin como lo propio de cada cosa, así como las implicaciones de cuanto antecede, por ejemplo, en su concepción de la constitución de cada pueblo. También se tratará del retorno a lo aristotélico y lo *justo natural* en el capítulo IV de esta obra, donde se aborda la virtualidad e importancia actual del concepto de naturaleza de la cosa. En dicho apartado se considera asimismo la concepción tomista, que sigue la línea señalada por Aristóteles dando a luz a consideraciones tales como la de la *gratia vivendi* que debe procurarse por el Estado a sus ciudadanos. Antes de llegar a ello, procede presentar de forma somera la concepción de Santo Tomás sobre la naturaleza. El Santo de Aquino considera la naturaleza en un doble aspecto²⁷; por un lado, para el Aquinate la esencia de cada uno

porque participa de la naturaleza de esa especie... Por eso definía Aristóteles la naturaleza como 'el principio del primer movimiento inmanente en cada uno de los seres naturales en virtud de su propia esencia', y también como 'la esencia de los seres que poseen en sí mismos, y en tanto que tales, el principio de su movimiento". En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Op. cit.*, pág. 78.

²⁷ "... El doble aspecto que podríamos llamar estático y dinámico. El primero es la naturaleza como esencia de cada ser, como lo que le constituye metafísicamente; el segundo es la misma esencia, pero contemplada como en cuanto principio operativo, es decir, en cuanto origen de las operaciones propias del ser. Así, por ejemplo, el ser corpóreo tiene una naturaleza entitativamente material, y por ello es lo que es, y no espíritu (naturaleza en sentido estático); pero, al propio tiempo, esa misma naturaleza corpórea es principio de las operaciones propias de ese ser: poseer partes, distenderse en el espacio, gravitar, etc. (naturaleza en sentido dinámico)". En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 78.

de los seres constituirá su naturaleza desde una perspectiva estática, la cual a su vez genera las operaciones que le son propias y esto constituirá, por otra parte, el punto de vista dinámico de consideración de la misma naturaleza de dicho ser.

2. NATURALEZA Y DERECHO NATURAL

Llegados a este punto, procede entrar a considerar el contenido de lo que se denomina derecho natural. Fernández-Galiano lo define como "... aquel ordenamiento que brota y se funda en esa naturaleza humana, no debiendo su origen, por tanto, a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre con el *derecho positivo*. Los preceptos del derecho natural no sólo están de acuerdo con la naturaleza humana –puesto que de ella emanan–, sino que se encaminan al mejor desarrollo de sus operaciones propias”.

A lo largo de la historia muy diversos autores han tratado el tema de la virtualidad o supremacía de un supuesto ordenamiento suprapositivo fundado en la propia naturaleza humana, citando algunos de los mismos²⁸:

- a) Rommen afirma en *Derecho natural, Historia, Doctrina* (trad. Castellana) que el principio de conocimiento de las normas del derecho natural lo constituye la naturaleza racional y social del hombre.
- b) Como sostiene Leclercq en *Leçons de Droit naturel*, el derecho natural corresponde a las exigencias de la naturaleza social del hombre.
- c) Giorgio del Vecchio, al que en el capítulo III de esta obra se considera en particular, excluye todo elemento sobrenatural en su estudio *Il concetto della natura e il principio del diritto* respecto al mismo²⁹, manteniendo sin

²⁸FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 79.

²⁹“...En primer lugar, excluye todo elemento sobrenatural: derecho natural es el que el hombre conoce puramente mediante su razón, sin el auxilio de información revelada, y al mismo tiempo es un derecho que atiende tan solo a la consecución de los fines temporales del hombre. Por otra parte, decir ‘natural’ es afirmar que el derecho así calificado está por

embargo su carácter de “necesidad”, al sostener que está por encima de toda intervención humana.

De cuanto antecede pueden deducirse diversas características atribuibles al derecho natural:

- a) Está íntima e indisolublemente ligado a lo humano, a la esencia de los seres humanos.
- b) Se accede a su conocimiento, esto es, a las normas que forman el *corpus* de dicho ordenamiento mediante la propia naturaleza humana, racional y social; no es necesario aprehenderlo, no hace falta información externa que lo revele, porque va ínsito en la esencia de los seres humanos.
- c) La razón es medio prioritario de acceso al mismo.
- d) Está por encima de toda intervención humana, al provenir de la misma naturaleza.
- e) Sus mandatos tienen carácter de necesidad, es decir, su cumplimiento es urgente y prioritario, so pena de generar su vulneración situaciones contra natura.

A lo largo de los siglos han corrido ríos de tinta sobre el problema de la posibilidad de la existencia de un *derecho* fundado en algo que no sean normas jurídicas positivas, patentes; ¿es el derecho natural verdadero derecho o más bien se trata de un pretexto

encima de toda intervención de los hombres, puesto que al proceder de la naturaleza humana, confiere a sus mandatos y prohibiciones un carácter de necesidad. Y por último, el adjetivo en cuestión hace referencia a la esencia del sujeto de ese derecho, que es el hombre: el derecho natural es el que se fundamenta en la naturaleza humana”. En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 79.

ideológico? ¿Existen verdaderas *normas* de derecho natural, o hablamos de principios de ética social, deseables pero carentes de una de las principales características de la norma jurídica, a saber, su carácter preceptivo y coercible?

Se podría decir que el derecho natural es distinto del derecho positivo³⁰, como se indica por definición por los iusnaturalistas que lo defienden. Carece de positividad; si se considera ésta como característica esencial del derecho, se llega a la conclusión de que las presuntas normas de derecho natural son poco más que una ideología, como han esgrimido los positivistas. Ante esto, caben dos posiciones, a saber: o concluir que la positividad no es rasgo esencial del derecho o revisar el concepto de positividad.

A la primera de las posiciones se adhieren el Santo de Aquino y Cathrein. Santo Tomás considera que el término “positivo” es meramente un sinónimo de “humano”, postulándose Cathrein de manera similar³¹. En línea con los anteriores, el mismo Del Vecchio entiende la positividad como sinónimo de vigencia efectiva, lo cual considera accidental al derecho³². Entonces, cabe preguntarse cuál

³⁰Derecho positivo: Sistema de normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico (DEL VECCHIO, G.). Cfr. VV. AA., *Diccionario básico jurídico*, Comares, 2ª edición, 1989, pág. 122.

³¹“...La positividad no es esencial al derecho, pues lo mismo que existe un derecho humano –positivo– hay también un derecho divino que no tiene positividad. En un sentido parecido se expresa CATHREIN, si bien entendiendo la positividad como procedencia del derecho a partir de un legislador, sea o no humano; es decir, ‘positivo’ es todo derecho promulgado, dado en el tiempo, lo cual, evidentemente, es puramente accidental, por lo que tampoco para este autor es la positividad una nota esencial del derecho”. En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 82.

³²“...‘El carácter positivo es un episodio que puede sobrevenir, y verdaderamente sobrevendrá, respecto de ideas jurídicas que hasta ahora no se han practicado, y al mismo tiempo desaparecerá para muchas que actualmente se hallan en vigor’; en definitiva, la positividad no podrá

será el elemento determinante para que un hipotético conjunto de normas sea verdaderamente tal, más allá de una ideología deseable, de un pretexto ideológico suficiente para fundamentar jurídicamente códigos éticos supuestamente basados en la naturaleza. Según lo anterior, no será la vigencia efectiva de una norma lo que determine su carácter jurídico, ni tampoco su promulgación, que sería algo accidental a la misma. Legaz revisa el concepto de *positividad*, concluyendo que la verdadera positividad de una norma consiste en su tendencia o *pretensión* a la vigencia efectiva, característica que también poseen las normas de derecho natural³³.

Probablemente aquí se encuentra la clave; la denominada “conciencia universal” y su “constante y secular presión” que al final conduce a plasmar en normativa vigente lo que ya era normativa de

considerarse sino ‘como elemento externo o accidental’ del derecho. Considerando de esta manera la positividad, no tiene sentido negar condición jurídica al derecho natural por carecer de aquella nota: no es positivo, no está vigente hic et nunc en parte alguna pero es que tal vigencia es nota meramente accidental del derecho”. En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 82.

³³“Merece la pena explicar esta tesis de Legaz. Según ella, el derecho no se agota en el puro derecho positivo, en el legislado, en el que de modo directo o inmediato regula las sociedades humanas. Lo jurídico comprendería dos áreas: la de ese derecho inmediato y otra integrada por ideas y valores, formas jurídicas *vivibles* –no *vividas* efectivamente todavía– de comportamiento social, que de modo paulatino van incorporándose de hecho al derecho legislado –transitando de *vivibles* a *vividas*– como consecuencia de su tendencia o pretensión inmanente hacia la vigencia efectiva, que es a lo que dicho autor llama “positividad”. Veamos un ejemplo: la Antigüedad desconoció la libertad como valor humano, de todo hombre, y por ello los ordenamientos jurídicos, durante siglos, mantuvieron la esclavitud e ignoraron los derechos humanos. Pero la constante y secular presión de la conciencia universal hizo posible que, poco a poco, la libertad se hiciera presente en las normas jurídicas legisladas, pasando de forma *vivable* a forma *vivida* o fáctica”. En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 83.

forma inmanente, brotando de la conciencia humana y social. Su Santidad Benedicto XVI manifestó a los obispos de la Región Sur 1 de la Conferencia Episcopal de Brasil, presentes en el Vaticano para la visita “*Ad limina Apostolorum*” el domingo 15 de noviembre de 2009³⁴, que “...una vida social auténtica empieza en la conciencia de cada

³⁴“... En efecto, para merecer el título de comunidad, un grupo humano debe corresponder, en su organización y en sus objetivos, a las aspiraciones fundamentales del ser humano. Por eso no es exagerado afirmar que una vida social auténtica empieza en la conciencia de cada uno. Dado que la conciencia bien formada lleva a realizar el verdadero bien del hombre, la Iglesia, especificando cuál es este bien, ilumina al hombre y, a través de toda la vida cristiana, procura educar su conciencia. La enseñanza de la Iglesia, debido a su origen –Dios–, a su contenido –la verdad– y a su punto de apoyo –la conciencia– encuentra un eco profundo y persuasivo en el corazón de cada persona, creyente o no creyente. Concretamente, “la cuestión de la vida y de su defensa y promoción no es prerrogativa únicamente de los cristianos. Incluso si recibe una luz y fuerza extraordinaria de fe, ésta pertenece a cada conciencia humana que aspira a la verdad y vive atenta y aprehensiva a la suerte de la humanidad. (...) El “pueblo de la vida” se alegra de poder compartir su compromiso con muchos otros, de manera que sea cada vez más numeroso el “pueblo por la vida”, y la nueva cultura del amor y de la solidaridad pueda crecer para el verdadero bien de la ciudad de los hombres” [Enc. *Evangelium vitæ* (25/III/1995), 101].

Venerables Hermanos, hablad al corazón de vuestro pueblo, despertad las conciencias, reunid las voluntades en un esfuerzo conjunto contra la creciente ola de violencia y menosprecio por el ser humano. Éste, de don de Dios acogido en la intimidad amorosa del matrimonio entre un hombre y una mujer, ha pasado a ser visto como mero producto humano. “Hoy, un campo primario y crucial de lucha cultural entre el absolutismo de la técnica y la responsabilidad moral del hombre es el de la bioética, donde se juega radicalmente la propia posibilidad de un desarrollo humano integral. Se trata de un ámbito delicadísimo y decisivo, donde irrumpe, con dramática intensidad, la cuestión fundamental de saber si el hombre se produce por sí mismo o depende de Dios. Los descubrimientos científicos en este campo y las posibilidades de intervención técnica parecen tan avanzados que imponen una elección entre estas dos concepciones: la de la razón abierta a la trascendencia o la de la razón cerrada en la inmanencia” [Enc. *Caritas in*

uno". Será esta conciencia individual, primero, y social, después o viceversa, la que impulse a la plasmación en normas positivas, de vigencia temporal efectiva, de aquellas otras normas que más allá de ser un pretexto ideológico son verdadero derecho, un derecho no vigente pero camino de realizarse, de concretarse o plasmarse físicamente en ordenamientos directamente vinculantes y exigibles. Así, serán características del derecho natural de esta manera concebido:

- a) Su carácter intemporal, propio del derecho como *realidad esencial* más allá de *un* determinado derecho en concreto.
- b) Su *pretensión de vigencia* efectiva o positividad, al margen de estar concretado o no en normas efectivas, si bien el derecho natural se encuentra ínsito en el seno de los diferentes ordenamientos jurídicos que en concreto han ido incorporando sus postulados.
- c) Su *referencia a lo social* al margen de su realización efectiva en el momento histórico presente.

En el capítulo cuarto se abordará la relación entre derecho natural y la teoría de la naturaleza de la cosa, que nos conduce nuevamente, usando el título de la conocida obra de Romen, al "eterno retorno del derecho natural". Tan sólo hay que señalar en este apartado que, si bien el derecho natural basa su preponderancia en un principio supremo por encima de las relaciones de vida, será en dichas relaciones humanas, de vida, y en el orden inherente a las mismas donde la teoría de la naturaleza de la cosa busque su fundamentación, adaptándose a la historia, en evolución como los

veritate (29/VI/2009), 74]. Traducción del original portugués por Patricia Navas, Libreria Editrice Vaticana.

pueblos mismos y sus formas de convivencia de cada momento histórico.

De igual manera, se aborda en los capítulos IV y V de esta tesis la función económica y social de las instituciones, a la que según el profesor Bobbio puede reconducirse la teoría de la naturaleza de la cosa; será labor institucional y estatal promover de forma activa la integración social, económica y cultural de los ciudadanos, garantizando los poderes públicos los derechos y libertades que recoge y protege cada ordenamiento jurídico y en primer lugar los recogidos en las constituciones de cada país. Todo ello sin olvidar, como afirma el Santo Padre Benedicto XVI en páginas precedentes, que *“una vida social auténtica empieza en la conciencia de cada uno”* y que será la conciencia de cada ciudadano el motor de la plasmación concreta, de la realización efectiva en los correspondientes ordenamientos jurídicos, del derecho natural.

3. EL HISTÓRICO CARÁCTER REVOLUCIONARIO DE LA TESIS IUSNATURALISTA. DE LA “NATURALEZA DE LAS COSAS” A LA “NATURALEZA DE LA COSA”

En una situación de abuso de poder, cabría plantear qué podrá alegarse por aquellos que la padecen y si se podrá apelar al fundamento prioritario de un derecho natural por encima de aquel derecho positivo supuestamente injusto desde el prisma de los perjudicados:

“...La apelación al iusnaturalismo como criterio discriminador de lo justo y de lo injusto es ya muy antigua, pero es en los tiempos modernos cuando ha adquirido una mayor fuerza, y concretamente a partir de los siglos XVII-XVIII, que es el momento en que empiezan a formularse de modo sistemático los derechos naturales de la persona humana, es decir, los derechos subjetivos de que todo hombre es titular por el mero hecho de ser hombre y que tienen su origen no en la concepción de las leyes positivas, sino en esa normatividad superior que se denomina derecho natural. Porque en efecto, la ideología iusnaturalista se centra en los derechos más que en las normas objetivas: la denuncia de las injusticias de las leyes o de los abusos de los gobernantes se produce cuando los preceptos de aquellas o los actos del poder desconocen o violan los derechos fundamentales de la persona”³⁵.

Así, ha venido siendo y será en tiempos de crisis, de abusos por parte de los gobernantes y de normas positivas que vulneren los

³⁵FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 84.

derechos básicos de los ciudadanos generando situaciones manifiestamente injustas, cuando más se ha apelado al necesario retorno del derecho natural, reclamándose por los perjudicados que se declaren inválidas las normas contrarias al mismo y se pongan límites al ejercicio de las funciones de gobierno³⁶. Diversos autores, como Lord Dennis Lloid³⁷, han sostenido la invalidez de la norma de contenido ilegítimo, esto es, que la validez de una normativa no sólo depende de la legitimidad del poder u órgano que la ha establecido, sino que dependerá en última instancia de la *legitimidad de su contenido*, de la correspondencia del mismo con los valores, principios, ideas y creencias que integran el momento de legitimidad. Federico de Castro y Bravo³⁸ defiende asimismo en sus obras que:

“Las disposiciones, incluso las dictadas por el poder legítimo y en forma legal, si son intrínsecamente injustas o contrarias al derecho natural (a la moral o a la naturaleza de las instituciones) podrán llamarse “violencia”, pero no disposición jurídica o Ley”.

³⁶“... Por ello, y en contra de lo que muchos creen, la tesis iusnaturalista ha sido siempre una ideología ‘revolucionaria’, si por tal se entiende, como es correcto, la actitud inconformista frente a los abusos del poder, puesto que ha prestado un punto de apoyo dialéctico para rechazar las leyes injustas o los actos arbitrarios de aquél; en nombre del derecho natural o de los derechos naturales del hombre se señalan al gobernante los límites de su actividad y se denuncian como injustas las transgresiones de los mismos”. En FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 85.

³⁷LLOID, D., *La idea del Derecho (¿Perversidad represora o necesidad social?)*, Traducción de Rosa Aguilar de Ben y Mercedes Barat, Editorial Civitas, 1985, págs. 39 y ss.

³⁸DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona*, 5ª edición, 1970, pág. 15, y *Derecho Civil de España*, Tomo I, 3ª edición, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pág. 41.

En línea con lo anterior, Santo Tomás decretó "...la invalidez de las normas positivas que no se conformaran con la ley natural y sentó las bases de la doctrina –después ampliamente desarrollada por la escolástica española– según la cual es lícita la resistencia del súbdito frente al tirano"³⁹.

Larga es la trayectoria de consideración de la ley natural en las enseñanzas de los Papas. León XIII abordará la ley eterna y la ley natural, conjuntamente con una exposición de la libertad, en la encíclica *Libertas praestantissimum*⁴⁰. De igual manera, las encíclicas *Rerum Novarum*⁴¹ y *Quadragesimo anno*⁴² de los Papas León XIII y Pío XI respectivamente abordarán el problema de la justicia en relación con el mundo del trabajo. Múltiples cuestiones tocantes al derecho, la guerra, la paz, la organización justa de la convivencia social y la ética son abordadas por Pío XII⁴³ y más actualmente, aparecerán las encíclicas de Juan XXIII *Mater et Magistra*⁴⁴ y *Pacem in Terris*⁴⁵, así como las *Populorum Progressio*⁴⁶ y *Octogesima adveniens*⁴⁷ de Pablo VI y la

³⁹FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 85.

⁴⁰LEÓN XIII, *Libertas praestantissimum: On Human Liberty*, Angelus Press, 1998.

⁴¹LEÓN XIII, *Encíclica "Rerum novarum" con divisiones: notas marginales y breves comentarios*, D.F., Imprenta del "Asilo Patricio Sanz", 1924.

⁴²SEBÁ LÓPEZ, H., *Carta encíclica "Quadragesimo anno"*. *Guía de lectura y estudio de Hernando Sebá López*, Sociedad de San Pablo, 1ª edición, 2006.

⁴³HERVADA, J., *Historia de la ciencia del Derecho Natural*, Eunsa, 3ª edición, 1996, pág. 320.

⁴⁴JUAN XXIII, *Mater et magistra: encíclica de S.S. Juan XXIII sobre el reciente desarrollo de la cuestión social*, Ediciones Paulinas, 4ª edición, 1965.

⁴⁵SEBÁ LÓPEZ, H., *Carta encíclica "Pacem in Terris"*. *Guía de lectura y estudio de Hernando Sebá López*, Sociedad de San Pablo, 1ª edición, 2006.

⁴⁶SEBÁ LÓPEZ, H., *Carta encíclica "Populorum Progressio"*. *Guía de lectura y estudio de Hernando Sebá López*, Sociedad de San Pablo, 1ª edición, 2006.

⁴⁷PABLO VI, *"Octogesima adveniens"*. *Guía de lectura y estudio de Hernando Sebá López*, Editorial San Pablo, 1ª edición, 2009.

*Laborem exercens*⁴⁸ y *Sollicitudo rei socialis*⁴⁹ de Juan Pablo II, sobre la dignidad del trabajo humano la primera y en conmemoración del vigésimo aniversario de la *Populorum progressio* la segunda; tal y como indica Javier Hervada⁵⁰, “... la teoría del derecho natural que los Papas han utilizado ha sido la de orientación tradicional, y particularmente la Tomista; es decir, la orientación prevalente en la historia, que va de Aristóteles a Santo Tomás, pasando por el eslabón de los Estoicos; la de la Escuela española y la del tomismo moderno”. Abundando en el tema, el Papa Benedicto XVI, en una audiencia a los miembros de la Comisión Teológica Internacional que tuvo lugar el viernes 5 de octubre de 2007, realizó un llamamiento a todas las conciencias para redescubrir en la ley natural el fundamento de la convivencia democrática y evitar así que el parecer de las mayorías o los más fuertes se convierta en el criterio de lo correcto o incorrecto⁵¹. Apelando a la ley natural, “... norma escrita por el Creador en el corazón del hombre...” reconoció que “en muchos pensadores parece dominar hoy una concepción positivista del derecho. Según ellos, la humanidad, o la sociedad, o de hecho la mayoría de los ciudadanos se convierte en la fuente última de la ley civil”⁵².

⁴⁸LUMERMAN, J., MUSTO, O., STRADA, A., *La Dignidad del Trabajo Humano: Comentario a la “Laborem Exercens” de Juan Pablo II*, Editorial Guadalupe, 1983.

⁴⁹VV.AA., *Sollicitudo Rei Socialis. Nueva traducción y comentarios*, Cáritas española Editores, 1991.

⁵⁰HERVADA, J., *op. cit.*, pág. 320.

⁵¹Discurso que dirigió Benedicto XVI el viernes 5 octubre 2007 a los miembros de la Comisión Teológica Internacional a quienes recibió al concluir su asamblea plenaria. Traducción del original italiano realizada por Zenit, 2007, Librería Editrice Vaticana. El subrayado en cursiva lo realiza el autor de esta tesis.

⁵²“...El problema que se plantea no es por tanto la búsqueda del bien, sino la del poder, o más bien, la del equilibrio de poderes. En la raíz de esta tendencia se encuentra el relativismo ético, en el que algunos ven incluso una de las condiciones principales de la democracia, pues el relativismo garantizaría la tolerancia y el respeto recíproco de las personas. Pero si fuera

De esta manera, se presenta por Benedicto XVI la ley natural como garantía de las libertades y de la dignidad de los seres humanos y se formula nuevamente⁵³ por el Papa una apelación a la conciencia, una invitación a la movilización de las conciencias individuales y colectivas en defensa de los valores que defiende la ley natural (lo

así, la mayoría de un momento se convertiría en la última fuente del derecho. La historia demuestra con gran claridad que las mayorías pueden equivocarse. La verdadera racionalidad no queda garantizada por el consenso de una mayoría, sino sólo por la transparencia de la razón humana ante la Razón creadora y por la escucha de esta Fuente de nuestra racionalidad.

Cuando están en juego las exigencias fundamentales de la dignidad de la persona humana, de su vida, de la institución familiar, de la justicia del ordenamiento social, es decir, los derechos fundamentales del hombre, ninguna ley hecha por los hombres puede trastocar la norma escrita por el Creador en el corazón del hombre, sin que la sociedad quede golpeada dramáticamente en lo que constituye su fundamento irrenunciable. La ley natural se convierte de este modo en garantía ofrecida a cada quien para vivir libremente y ser respetado en su dignidad, quedando al reparo de toda manipulación ideológica y de todo arbitrio o abuso del más fuerte.

Nadie puede sustraerse a esta exigencia. Si por un trágico oscurecimiento de la conciencia colectiva el escepticismo y el relativismo ético llegaron a cancelar los principios fundamentales de la ley moral natural, el mismo ordenamiento democrático quedaría radicalmente herido en sus fundamentos. Contra este oscurecimiento, que es la crisis de la civilización humana, antes incluso que cristiana, es necesario movilizar a todas las conciencias de los hombres de buena voluntad, laicos o pertenecientes a religiones diferentes al cristianismo, para que juntos y de manera concreta se comprometan a crear, en la cultura y en la sociedad civil y política, las condiciones necesarias para una plena conciencia del valor innegable de la ley moral natural. Del respeto de ésta depende de hecho el avance de los individuos y de la sociedad en el camino del auténtico progreso, en conformidad con la recta razón, que es participación en la Razón eterna de Dios". Extracto del citado discurso del Santo Padre Benedicto XVI a los miembros de la Comisión Teológica Internacional, pronunciado el viernes 5 octubre 2007, traducción del original italiano realizada por Zenit, 2007, Librería Editrice Vaticana.

⁵³Véase el apartado segundo del presente capítulo II.

que el propio Santo Tomás lleva más lejos, considerando lícita la resistencia del súbdito ante el tirano y decretando la invalidez de una norma positiva que contradiga la ley natural, como queda expuesto más arriba). Como se ha indicado, para el Papa Benedicto XVI es en la conciencia individual donde da comienzo la vida social auténtica. Asimismo, la enseñanza de la Iglesia tendrá su punto de apoyo en dicha conciencia; será la conciencia individual primero y social después, o viceversa, la que impulse a la plasmación en normas positivas, de vigencia temporal efectiva, de aquellas otras normas que más allá de ser un pretexto ideológico son verdadero derecho, un derecho no vigente pero camino de realizarse, de concretarse o plasmarse físicamente en ordenamientos directamente vinculantes y exigibles porque dimanen de ese sentir social que se ha venido a denominar naturaleza de la cosa.

Benedicto XVI continúa apelando a la dignidad de la persona y a la ley natural como garante de la libertad y de los derechos fundamentales del ser humano, los cuales constituirán un límite positivo a la hora de legislar, juzgar o gobernar (tal y como se postula a lo largo de esta tesis). En su encíclica *Caritas in veritate*⁵⁴ Benedicto XVI sostiene que "*La economía tiene necesidad de la ética para su correcto funcionamiento; no de una ética cualquiera, sino de una ética amiga de la persona*"; la economía precisa de la ética, una ética centrada en el ser humano, en su promoción y desarrollo, que anteponga a la persona frente a cualquier otro tipo de intereses (fundamentalmente económicos). En la misma encíclica defiende, aludiendo a la relación entre el ser humano y el medioambiente, que el ambiente natural "*...es un don de Dios para todos, y su uso representa para nosotros*

⁵⁴BENEDICTO XVI, *Carta Encíclica Caritas in Veritate del Sumo Pontífice Benedicto XVI*, Librería Editrice Vaticana, 2009. Puede consultarse el texto íntegro de la Encíclica *Caritas in veritate* en la dirección de Internet: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_b-en-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html

una responsabilidad para con los pobres, las generaciones futuras y toda la humanidad (...) La naturaleza es expresión de un proyecto de amor y de verdad". Un proyecto que habrá que saber leer y respetar de acuerdo con lo indicado al abordar el tema de los derechos humanos de tercera generación y la mundialización en el capítulo IX y al abordar la figura de San Francisco de Asís en la síntesis cronología de autores y posicionamientos.

Considérese de nuevo lo referido en páginas precedentes por parte de Lord Lloid acerca de la validez y legitimidad de las normas. El profesor Fernández-Galiano⁵⁵ plantea en ese punto la distinción entre dos conceptos: legitimidad y legalidad. La legalidad hará alusión a la conformidad con la normativa vigente de una determinada conducta, mientras que la legitimidad implica una valoración de dicho acto como conforme al derecho natural (legítimo) o no conforme con el mismo (ilegítimo). La cuestión que se plantea a partir de aquí es la siguiente: los postulados revolucionarios sostendrán sus reivindicaciones en confrontación a un poder político concreto que ha vulnerado unos teóricos principios o valores superiores, y los gobernantes justificarán sus actos políticos alegando seguir el mandato de tales valores. Así se entrará en el campo del subjetivismo y de criterios de interpretación de lo que es justo o hasta donde alcanzan los postulados iusnaturalistas: los límites del derecho natural. Surge la cuestión de si pueden aportarse criterios por parte de la teoría de la naturaleza de la cosa para destilar normas o doctrina

⁵⁵"...un acto es legal cuando se produce de acuerdo con lo que las normas positivas prescriben. Mas tal adecuación al derecho positivo, precisamente por ser formal, no hace referencia alguna a la posible justicia o injusticia del acto en cuestión, es decir, no tiene en absoluto carácter valorativo. La valoración le viene por su relación con el derecho natural, de la que se desprenderá su la calificación como justo o injusto, apareciendo entonces la noción de legitimidad, que consistirá en la conformidad del comportamiento con las normas superiores del derecho natural". FERNÁNDEZ GALIANO, A., *Op. cit.*, págs. 85 y 86.

cierta, segura, a partir de ese ordenamiento jurídico superior dimanante de la propia naturaleza que se asienta en la ley natural y que es denominado derecho natural. Dicha cuestión se abordará en profundidad en la tercera parte de esta tesis y en las conclusiones de la misma.

Quepa para cerrar este capítulo una puntualización sobre el concepto de naturaleza de las cosas (entendida desde una perspectiva genérica o en abstracto) y la teoría de la naturaleza de la cosa (referida al campo jurídico y sociológico, apuntando directamente a la realidad concreta del ser humano integrado en un grupo social). De la naturaleza de las cosas ya se ha tratado al principio de este capítulo, haciéndose referencia, entre otros, a Aristóteles. Aludir a la naturaleza de las cosas equivaldrá, siguiendo al estagirita, a aludir a la generación de todo lo que está vivo, a la sustancia bruta de que se componen los cuerpos físicos y al principio esencial de su movimiento, lo que anima cada ser vivo, pero será su esencia lo que, como ya se planteó y volverá a plantearse, se identifique prioritariamente con la naturaleza de un ser desde esta concepción. Naturaleza de las cosas como la esencia de éstas. Frente a esta perspectiva genérica, la teoría de la naturaleza de la cosa se plantea una labor específica: está referida a lo social, a la búsqueda de la mejor regulación jurídica posible de las relaciones humanas. A la búsqueda, por ende, de la verdadera esencia de las relaciones de vida.

Y no emprenderá esta labor basándose directamente en principios supremos del derecho natural, sino dirigiendo sus miras hacia las propias relaciones vitales de los ciudadanos, al orden natural –esencial– inherente a las mismas; desde aquí partirá en su búsqueda del fundamento jurídico⁵⁶. Es mutable, adopta la forma histórica que dimana de *las relaciones de vida, en cada momento histórico*,

⁵⁶Véase el apartado 3.5 del capítulo III de esta tesis.

en cada grupo social. Está en evolución, como el propio ser humano. Una evolución de acuerdo con la propia naturaleza, que somete a la creación a leyes inmutables pero que continúa en movimiento, desarrollándose, evolucionando.

Más adelante se tratará el tema de la naturaleza de la cosa como sinónima de la función económica y social de las instituciones, tal y como propone Norberto Bobbio y concreta Maihofer⁵⁷, para quien tal función social ha de ser considerada no como "*función general en el mundo y la vida*", sino como investigación de tal función en lo concreto y particular, centrados en los "*exclusivos datos que proporciona la situación*", aludiendo a situaciones concretas en sentido estricto y no a cuestiones generales de derecho público. Ahí radica la noción de "cosa" de cuya naturaleza emanan principios inspiradores de normativa jurídica: es la *naturaleza humana*. Una naturaleza humana, como se abordará con mayor profundidad en el apartado quinto del capítulo III, libre, consciente e ilógica, que sigue la evolución que la empuja hacia su entelequia, hacia su perfeccionamiento, ajena a reduccionistas tendentes a considerarla en exclusiva valor ideal, razón lógica, dato económico o sociológico, esto es, en *abstracto*, en una concepción distinta al derecho natural *concreto*, de contenido variable, ínsito en la naturaleza de la cosa.

Tal naturaleza concreta habrá de atisbarse en el seno de la realidad, de las relaciones humanas temporales y contingentes de los individuos que conforman un grupo social en un determinado momento histórico. Una *queste* que podría clasificarse como épica y con trazas utópicas, pues es la propia búsqueda esencial del ser humano, perdido en el universo, formulándose las preguntas esenciales sobre su existencia que precisamente lo definen como perteneciente a la raza humana y en particular, aquellas que apuntan

⁵⁷Véase el apartado quinto del capítulo III y el apartado sexto del capítulo IV de la tesis.

hacia la mejor manera de alcanzar lo justo real, si tal es posible, aunque sólo sea en un determinado momento o contexto histórico. ¿Podrá definirse la consecución de tal punto de justicia como alcanzar la cima de lo que es justo de acuerdo con la naturaleza, o por así denominarlo, lo *justo natural*? Todo ello se considerará en profundidad en el capítulo IV de esta tesis.

PARTE SEGUNDA

LA NATURALEZA DE LA COSA A LO LARGO DE LA HISTORIA Y EN LA ACTUALIDAD

III. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA COSA

En este capítulo se presentarán diversos autores y corrientes de pensamiento que a lo largo de la historia han tomado en consideración el concepto de naturaleza y su relación con lo justo y el ordenamiento jurídico, abordándose por algunos en particular de forma directa la teoría de la naturaleza de la cosa.

1. ARISTÓTELES

Aristóteles nace en el año 384 a.C. en la pequeña localidad macedonia, cercana al monte Athos, de Estagira, de donde proviene su sobrenombre, el Estagirita. Fue filósofo, lógico y científico, ejerciendo sus ideas una enorme influencia sobre la historia intelectual de Occidente por más de dos milenios. Ha sido reconocido como el padre fundador de la lógica y de la biología, formulando entre otras la teoría de la generación espontánea, el principio de no contradicción, las nociones de categoría, sustancia, potencia, acto y de primer motor inmóvil. Algunas de sus ideas, novedosas para la filosofía de su tiempo, forman actualmente parte del sentir común social de múltiples colectividades.

1.1. La doctrina aristotélica sobre la naturaleza

Primeramente, plantéese lo que se considera naturaleza desde la perspectiva aristotélica. El estagirita distingue⁵⁸ entre:

- a) Naturaleza como generación de todo aquello que crece.
- b) Naturaleza como la sustancia bruta, inerte y sin acción sobre sí misma de que se compone y se forma un ser físico, esto es, la materia intrínseca de donde proviene lo que nace.
- c) Naturaleza como principio del primer movimiento en todo ser físico, principio interno y unido a la esencia.

Sin embargo, será esta ESENCIA de las cosas la que se identifique fundamentalmente con su naturaleza. Tal y como explica Aristóteles:

“Se sigue de todo lo que precede, que la naturaleza primera, la naturaleza propiamente dicha, es la esencia de los seres, que tienen en sí y por sí mismos el principio de su movimiento. La materia no se llama en efecto naturaleza, sino porque es capaz de recibir en sí este principio; y la generación, así como el crecimiento, sino porque son movimientos producidos por este principio. Y este principio del movimiento de las cosas naturales reside siempre en ellas, ya sea en potencia, ya en acto⁵⁹”.

⁵⁸ARISTÓTELES, *Metafísica*, libro V, 4.

⁵⁹ARISTÓTELES, *op. cit.*

Distingue asimismo Aristóteles⁶⁰ entre lo *justo natural* (aquello que en todas partes es reputado como tal, con independencia de la voluntad humana) y lo *justo legal o convencional* (lo que resulta de justicia porque así lo establece la ley humana y por tanto puede variar de unos lugares a otros). En esta distinción hay una referencia aristotélica favorable al iusnaturalismo, a lo que es justo *per se* al margen de la voluntad humana.

A) Posición teleologista aristotélica

Como ya se comentó en el apartado segundo del capítulo I, la tradición aristotélica es una tradición finalista o teleológica. Busca la comprensión última de las mismas cosas, o *verstehen*. El hombre hará girar su entendimiento en torno a las cosas para comprenderlas en su esencia. Partiendo de la observación, se formulará una explicación en un proceso inductivo que nos permita alcanzar una síntesis, esto es, la formulación de un principio explicativo general. Tras ello, se aplicará el método deductivo para enunciar las cuatro causas del fenómeno objeto de la investigación (causa formal, material, eficiente y final). De las cuatro, será la final, la explicación del *telos* del fenómeno, la que busca la comprensión de la *finalidad* de la cosa en cuestión, la que define la esencia en la posición aristotélica.

B) El fin como “lo propio de cada cosa”

Ante la cuestión de lo que será el fin de cada cosa según su naturaleza desde una perspectiva aristotélica, la respuesta apunta hacia aquello a lo que la cosa tiende naturalmente, esto es, hacia “lo propio de cada cosa”. Imagínese un gusano de seda que conserva en

⁶⁰BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *Filosofía del Derecho*, UNED, 1989, pág. 39.

sí mismo la potencialidad de la mariposa en la que podrá convertirse. Desde el punto de vista aristotélico, la entelequia de ese gusano, su trabajo activo encaminado a la consecución de la finalidad intrínseca del mismo, es convertirse en mariposa, alcanzar ese fin en el cual ha sublimado todas sus potencialidades como gusano, su plenitud.

Contémplese de nuevo el ejemplo de la mariposa como entelequia del gusano; convertirse en ella le impulsa a crecer y metamorfosearse. Es el fin del gusano, lo propio del mismo, su perfecta sublimación. Cuando las cosas trabajan y se encaminan hacia el fin para el cual han sido creadas actúan según su naturaleza. Y, al mismo tiempo, el trabajo para que las cosas alcancen su plenitud es entelequia de las mismas, lo cual las impulsa hacia su destino final, hacia lo que les es propio según su naturaleza, esto es, hacia su finalidad.

1.2. Un ejemplo: la doctrina aristotélica sobre la constitución de cada pueblo

Desde la perspectiva aristotélica que se considera, la Constitución o Carta Magna de un pueblo será, tal y como expone el profesor Lucas Verdú⁶¹:

“...es una ordenación de las diversas magistraturas de la ciudad y especialmente de la que tiene el poder supremo. Y en todas partes es supremo el gobierno de la ciudad, y ese

⁶¹LUCAS VERDÚ, P., “Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política”, págs. 16 y ss. Conferencia pronunciada en el Curso de Verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander. Curso dirigido por el doctor MIGUEL HERRERO R. DE MIÑÓN. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Nº 83, 1994.

gobierno es la politeia. Es una organización de las magistraturas en las ciudades, cómo están distribuidas, cuál es el órgano superior de la politeia y cuál es el fin de cada comunidad. Estas son dos definiciones coincidentes. No obstante, la segunda añade el telos de la polis conforme a su visión teleológica de la política, pues, como indica Verdross-Drossberg, el dinamismo de la vida política es capital en la teoría aristotélica de la polis. Aquí se revela la base metafísica de la polis y de su Constitución: el movimiento concebido como paso del ser en potencia al ser en acto...”

Ahí se aprecia de nuevo la visión teleologista de Aristóteles en el gobierno (*politeia*) de la polis; un gobierno que ha de orientarse a la consecución del fin esencial (*telos*) de dicha comunidad de una manera dinámica, no estática, en movimiento, cambiante, adaptándose al flujo vital de la existencia, de los hechos cambiantes que dimanen del devenir cotidiano pero siempre atento al *telos* de cada pueblo. En la misma línea, Jellinek⁶² añade:

“Conforme a su principio fundamental de que en la forma reside lo esencial de la cosa, considera a la Constitución como la esencia del Estado, por lo cual la identidad de éste ha de descansar, en primer lugar, en la identidad de aquélla”.

Apréciense aquí la teoría hilemórfica; materia y forma, potencia y acto, la materia como potencia que se actualiza informándose, esto es, tomando forma, y la forma como receptáculo, como vehículo donde

⁶²JELLINEK, J., *Teoría del Estado* (prólogo y trad. por Fernando de los Ríos Urniti), 2ª ed. México, Compañía Editorial Continental, S. A., 1958, págs. 413-414.

reside lo esencial de cada cosa. Siendo la Constitución la plasmación de la esencia de un pueblo, en ella descansará el *telos* del mismo, su entelequia. El gobierno de los pueblos ha de hacerse teniendo presente la naturaleza de los mismos, su esencia, su identidad, atendiendo siempre a su entelequia, entendida como fin último y primero al que pueden aspirar y a su vez proceso para conseguir alcanzar dicha finalidad. Gobernar al margen de la identidad popular, de una manera descontextualizada o fuera del dinamismo de una comunidad conducirá a la toma de decisiones arbitrarias y “antinaturales”, contrarias a la naturaleza de la cosa en cuestión. Sólo gobernando atendiendo al *telos* de un pueblo, a lo que le es propio, a lo que necesita en cada momento histórico (pues la realidad es dinámica, cambiante), logrará el político alcanzar su misión, a saber, adecuar la realidad a los más altos fines que un pueblo pueda lograr, de acuerdo con su esencia, esto es, con su naturaleza asimismo entendida. En capítulos posteriores se retomará cuanto antecede.

2. MONTESQUIEU

Carlos Luis de Secondat, Barón de la Brède y posteriormente de Montesquieu, fue un cronista y pensador político francés que vivió en el siglo XVIII en tiempos del Iluminismo y la Ilustración. Filósofo y ensayista ilustrado, articula la teoría de la separación de poderes, introducida en múltiples constituciones en todo el mundo.

2.1. La naturaleza de las cosas como fundamento de la historia y el derecho

Montesquieu analizará las sociedades humanas tratando de hacer con ellas una física⁶³; aplicará frente a concepciones finalistas o teleológicas un método científico que formula la explicación de los hechos en términos de leyes, relacionando fenómenos determinados físicamente mediante hipótesis causales, entendidas como mecanicistas, que buscan un control inmediato del fenómeno objeto de análisis. Es el método analítico-deductivo, de arriba hacia abajo, que busca descomponer el todo en sus partes con una consiguiente formulación de leyes que le den explicación, las cuales posteriormente habrá que comprobar empíricamente, comparando las hipótesis y las consecuencias deducidas mediante la observación y la experimentación. Como se ha visto en el apartado segundo del capítulo I de esta obra, se trata de la explicación causal de tradición galileana y mecanicista, o *erklären*.

Este autor parte de los hechos, del análisis histórico, basándose en la comparación y observando sus variaciones para extraer de ellas

⁶³BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *op. cit.* pág. 213.

leyes. Será en su obra *El Espíritu de las Leyes*⁶⁴ donde plasme fundamentalmente su pensamiento político.

Tal y como expone el profesor Blanco González⁶⁵, “junto al concepto tradicional de ley, destaca Montesquieu otro, afirmando que leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. La palabra ley está tomada como leyes del ser, del acontecer, no como leyes del deber ser: es, pues, un concepto de ley con la objetividad que puedan tener las leyes de la naturaleza”. Así, el concepto Naturaleza es tomado como un conjunto de realidades físicas e históricas, que han de ser tenidas en cuenta para adaptar a ellas las normas de conducta (leyes positivas)⁶⁶.

Montesquieu incardina el concepto de naturaleza de las cosas en lo mensurable; cree en la existencia de una serie de realidades patentes, físicas e históricas, que abarcan desde el clima, población, costumbres, religión, etc., propias de la cosa objeto de nuestro estudio, en este caso el pueblo en cuestión al que se trate de dar unas normas positivas o de conducta. Estas normas serán, por una parte, *una adecuación a dichas realidades naturales*, una respuesta jurídica a las necesidades que plantean las relaciones dimanantes de la convivencia entre seres humanos concretos, en un país o comunidad determinada. Pero también, las normas así concebidas serán en sí mismas *otra realidad más*, no una realidad intangible, inmutable, sino fluida, adaptable, susceptible de estudio científico y por ende sometidas al método de explicación causal mecanicista.

⁶⁴MONTESQUIEU, C., *El espíritu de las leyes* (4ª edición), Porrúa, 1980.

⁶⁵BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *op. cit.*, pág. 214.

⁶⁶“... La norma jurídica es una adecuación a las realidades naturales y es, en sí, una realidad más, que hay que estudiar de forma empírica y científica, y no como un valor que debe presidir la vida”. En BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *op. cit.*, pág. 214.

El legislador se convierte así en una especie de “traductor” de la naturaleza al código que es la norma positiva, la ley escrita, tras una *comprensión racional e interpretación a su propio entender* del sentir general y necesidades jurídicas de un pueblo, esto es, de su naturaleza. La ley, pues, sería producto de la razón humana que previamente ha procedido al análisis de las condiciones histórico-ambientales para adaptar las normas positivas a las mismas⁶⁷. No se habla aquí de un supuesto y teórico “ordenamiento supremo e inmutable”, eterno, grabado en la conciencia de los seres humanos, sino de una respuesta jurídica subjetiva dada por la razón del legislador en cada momento histórico, relativo, mediante leyes positivas, a las necesidades jurídicas de un pueblo, esto es, a las que dimanarían de su naturaleza contingente en dicho momento. Es, pues, un iusnaturalismo racionalista pero historicista, no abstracto.

Recapitulando, para Montesquieu la naturaleza de la cosa es la base de la historia y el derecho de un pueblo, su *sentir general*; no es inmutable, sino contingente, relativa a cada momento histórico, deducida subjetivamente por el legislador tras un análisis pragmático y mecanicista de la realidad del pueblo en cuestión mediante el uso de su propia razón. Así aparece ya un antecedente del concepto amplio de derecho natural que en páginas posteriores se verá en la figura de Radbruch, y que ya se atisba anteriormente en el concepto aristotélico de lo justo natural.

⁶⁷ “... la razón humana gobierna a todos los pueblos de la Tierra, aunque no se refiere a una ley racional universal de la que se derivarían las leyes particulares de los Estados, sino a la necesidad de que sea la razón la que, al dictar la ley positiva, analice previamente las condiciones histórico-ambientales y a ellas adapte la ley positiva”. En BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *op. cit.*, pág. 214.

2.2. Elementos presociologistas en la concepción de Montesquieu

En el siglo XVIII, denominado “Siglo de las Luces”, el iluminismo lo copa todo; es la corriente de pensamiento en boga, con la consiguiente entronización de la “diosa razón”. Es tiempo de construcciones mentales teóricas carentes de comprobación empírica, abstractas, un tanto ajenas a la realidad. Frente a esto, Montesquieu parte de la experiencia, de la realidad, de la confrontación de diversos modelos de Estado que había visitado efectivamente⁶⁸ para llegar a formular sus conclusiones teóricas sobre la política, el Estado y las formas de gobierno de éste. Es la *explanation*, el *erklären*, la aplicación del método científico –empírico– analítico a una sociedad humana determinada como si se tratara de la elaboración de una física de la misma. Posteriormente, la sociología estudiará de forma similar los grupos sociales y el conjunto de individuos que los integran, con lo que Montesquieu puede considerarse un precursor en este campo.

En este punto urge y se plantea lo fundamental de la toma de conciencia de la profunda correspondencia existente entre lo social y lo jurídico. Lo social, lo propio de la gente, de la sociedad, de las corrientes vivas que brotan y emanan del comportamiento deambulatorio de un pueblo en su devenir histórico, y lo jurídico, lo referido al “*ius*”, a la norma, a la ley que regula la convivencia y las relaciones humanas. Relaciones humanas, sociales, reguladas por normas. ¿Puede plantearse con sentido una teórica independencia entre lo social y lo jurídico, entendiendo tales disciplinas como plenamente autónomas o será inadecuado tal planteamiento por su misma base?

⁶⁸BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *op. cit.*, pág. 213.

Norberto Bobbio⁶⁹ postula una de las claves del problema. Los juristas están saliendo de su tradicional y “*espléndido aislamiento*”⁷⁰, aislamiento proveniente de concepciones hoy trasnochadas que entendían una separación radical entre la labor jurídica de creación e interpretación del derecho con lo social (así como con otras disciplinas como la antropología, psicología, etc.) cuando por su propia naturaleza intrínseca lo jurídico no se puede aislar, concebir, desarrollar, analizar o estudiar al margen del fenómeno sociológico, fuente primera de la normatividad (o al menos, así debe serlo para que el derecho sea algo más que la plasmación de la mera voluntad de un grupo dominante).

Partiendo de esta visión⁷¹, el jurista pasa de concebirse como un mero conservador, trasmisor y analista de un conjunto de reglas dadas y en algunos casos "cuasi divinizadas" por considerarse intocables, a entenderse como creador y analista de una normatividad viva, en constante dinamismo; normas que brotan de la sociedad y retornan a la misma, asumiendo funciones de detección de las transformaciones sociales a través de las cuales la sociedad muestra su voluntad, actuando asimismo como traducción normativa de dichas transformaciones y asumiendo incluso una labor de detección de aquellas necesidades que la sociedad misma precise, cumpliendo en ese caso la labor de crear normativa que desarrolle a la sociedad misma en dicha dirección deseable por apuntar al valor último de la verdadera equidad, presentada así como verdadera justicia.

⁶⁹"...La ciencia jurídica no es ya una isla, sino una región entre otras de un vasto continente. Que el jurista deba establecer nuevos y más profundos contactos con psicólogos, sociólogos, antropólogos, politicólogos, etc., se ha convertido, especialmente entre los juristas de la joven generación, en una *communis opinio* tan difundida que de querer dar indicaciones bibliográficas precisas no se sabría por dónde empezar". En BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, 1990, pág. 228

⁷⁰BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 228

⁷¹BOBBIO, N., *op. cit.*, págs. 219-231.

Adaptación del derecho al cambio social. Creación de cambios sociales a través del derecho⁷². Cambio de concepciones del derecho, de una función meramente represiva a otra promocional de comportamientos queridos, así como de una concepción autosuficiente o a-real, al margen de lo efectivamente vivido, a otra plenamente interrelacionada con los sistemas económicos, políticos y sociales en su conjunto. En esto radicará un punto de partida fundamental: la necesaria coherencia entre los modelos sociales y jurídicos para alcanzar una verdadera efectividad en los fines que le son propios al derecho, como ya intuyó en su día el mismo Montesquieu; como muy bien expuso él mismo en el prefacio de *El espíritu de las leyes*⁷³, no ha deducido los principios que sostiene a partir de sus prejuicios, sino que los ha sacado de la naturaleza de las cosas.

⁷²COTTERRELL, R., *Introducción a la sociología del Derecho*, Ariel, 1991, págs. 53 a 69.

⁷³"... He examinado antes que nada los hombres; he pensado que en esta diversidad de leyes y costumbres no eran conducidos únicamente por sus fantasías.

He sentado los principios; he visto los casos particulares ajustarse a ellos, ser consecuencia de ellos las historias de todas las naciones, y cada ley particular relacionada con otra o dependiente de otra más general.

Cuando me he referido a la antigüedad, he tratado de fijarme en el espíritu para no tornar por semejantes casos en realidad diferentes y para que no se me escaparan las diferencias de los que parecen semejantes.

No he deducido mis principios por mis prejuicios; los he sacado de la naturaleza de las cosas". En MONTESQUIEU, C., *op. cit.*, Prefacio del autor, pág. 7.

3. LA DOCTRINA JURÍDICA ALEMANA CONTEMPORÁNEA

3.1. Corrientes antiformalistas: la *Freirechtsbewegung*

La *Freirechtsbewegung*, también denominada “*Freies Recht*” o “*lebendes Recht*” (pues, tal y como afirma Aurelio de Prada⁷⁴, no todos los autores de este movimiento, pese a su común adscripción al *Freirechtsbewegung*, utilizan la misma expresión para referirse a esta corriente de pensamiento, decantándose por la primera Fuchs y Kantorowicz, por la segunda, Ehrlich), podría concebirse más allá de su tradicional definición de Movimiento del Derecho Libre como un canto al derecho *vivo*, un derecho que pretende valer con independencia del Estado, aquél que los hombres en su vida en común consideran obligatorio⁷⁵. Es una búsqueda del *sentido de justicia real* que predomina en una determinada comunidad. No se habla aquí de un derecho natural inmutable o eterno, si bien hay un iusnaturalismo presente, pero flexible, en movimiento, de acuerdo con el devenir de la realidad social, permanentemente sujeta a las variaciones del día a día. Tal y como apunta el profesor De Prada, “*parece claro que el modelo de jurista contra el que lucha el Freirechtsbewegung no es otro que el correspondiente al formalismo jurídico*”⁷⁶.

El Movimiento del Derecho Libre se opone a una concepción del jurista como un tipo de funcionario tradicional y omnisciente, amparado en su labor “cuasi sagrada” de interpretación de la ley mediante una rígida aplicación del principio de separación de

⁷⁴DE PRADA GARCÍA, A., “Por un modelo de jurista: El movimiento del Derecho Libre”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 18, 2001, pág. 35.

⁷⁵DE PRADA GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 35.

⁷⁶DE PRADA GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 22.

poderes, por la prohibición del *non liquet* (el juez no puede negarse a fallar) y, sobre todo, por la idea de plenitud del ordenamiento jurídico, concebido como carente de lagunas. Algunas posturas dentro de este movimiento van más allá, como las que Kantorowicz enuncia en un pasaje de *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (de los más citados y criticados de la *Freirechtsbewegung*⁷⁷) donde confiere al juez la facultad de resolver arbitrariamente en casos desesperadamente complicados o dudosos. Tal y como plantea al respecto el profesor Blanco González⁷⁸:

“La tesis de Kantorowicz obtuvo amplia resonancia y consiguió seguidores fervientes a principios del siglo XX, quienes rechazaron el principio clásico legalista, según el cual el derecho exclusivamente se constituye del contenido existente en toda norma positiva. Los partidarios de este derecho libre sostenían que en todo derecho estatal, por completo que pueda

⁷⁷“Partimos del principio de que la jurisdicción es principalmente, y debe seguir siéndolo, misión del Estado. Por ello exigimos que el juez, obligado por su juramento, resuelva el caso con arreglo al texto unívoco de la ley. El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento de fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará en el Derecho Libre. Finalmente, en casos desesperadamente complicados o dudosos sólo en aspecto cuantitativo el juez resolverá y debe resolver arbitrariamente. Las partes tendrán la facultad en todo proceso civil de liberar al juez mediante su mutuo acuerdo de la observancia de cualquier norma jurídica estatal”. En KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, Losada, 1949, págs. 363 y 364.

⁷⁸BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *op. cit.*, pág. 294.

ser, existen lagunas y vacíos, a ser rellenados con criterios jurídicos no formalistas. Estas lagunas resultaban más evidentes en aquella época de transición, en la que se percibía claramente un desfase entre el derecho y la realidad. Por ese entonces comienzan a tener reconocimiento y aplicación legales conceptos algo indefinidos, como buena fe, causa justa, fuerza mayor, abuso de derecho, etc., que requieren más que nunca, la función discrecional del intérprete del derecho, hasta entonces autosuficiente.”

Así, quienes propugnan el derecho libre, sin llegar a formar escuela, rechazan el formalismo jurídico en tanto en cuanto sistema omnímodo de aplicación y creación del derecho, abriendo una puerta a nuevos planteamientos sobre la interpretación jurídica en el futuro. El Movimiento del Derecho Libre reclama libertad para el juez, libertad para salvar las posibles lagunas de la Ley dictando sentencia de acuerdo a ese sentido de justicia real antedicho, propio de un pueblo concreto en un determinado momento histórico.

Como todo planteamiento, presenta ventajas e inconvenientes. Se entiende positiva la búsqueda de una justicia real en las sentencias, poniendo la intención más en su adecuación a la resolución efectiva del problema, de acuerdo al sentido común de lo justo en un pueblo, que en dar a luz sentencias ajustadas en lo formal a un código o meramente legalistas, pero ajenas a la realidad. *Justicia real más que formal*, justicia en la sentencia más que legalidad de la misma. Como contraparte, cabe preguntarse quién puede considerarse suficientemente capacitado para interpretar de manera objetiva el sentido de justicia de una comunidad sin caer en subjetivismos, así como si podrá el juez realizar tal labor sin anteponer a sus decisiones sus propias ideas, convicciones personales, políticas, etc. y qué

ocurriría en el caso de que las convicciones del jurista en cuestión se aproximen a un poder de corte dictatorial, de uno u otro signo.

El problema, por tanto, es la subjetividad del juez y el riesgo de inseguridad jurídica que conlleva; baste como ejemplo un voluntarismo judicial corrupto. Pese a ello, este movimiento aporta dos concepciones muy interesantes de cara al tema que ocupa esta tesis, a saber. Por un lado⁷⁹, la invocación a un derecho libre, un derecho vivo o vivido por los miembros de la comunidad, compatible con el derecho estatal y viviente en las personas y su comunidad, como tales o individualmente. Por otro, más que la desaparición de los juristas como intermediarios entre el derecho y sus destinatarios, presenta una nueva visión de éstos, no ya como siervos de la Ley o del legislador; ahora tienen “una labor *descubridora* del derecho que vive en la comunidad y también una labor *creadora* en cuanto a que encuentran y aplican el derecho que vive en su propia conciencia, en su propio corazón...”⁸⁰.

⁷⁹DE PRADA GARCÍA, A., *op. cit.*, págs. 37 y 38.

⁸⁰DE PRADA GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 39.

3.2. Corrientes sociológicas: Ehrlich

Con carácter previo e introductorio a la consideración de la figura de Ehrlich, se presentará la concepción sociológica del derecho propia del positivismo sociológico. Tal y como expone el profesor Alberto Montoro Ballesteros⁸¹, la concepción sociológica considerará al derecho como mero fenómeno social o simple hecho (*factum*), no como una realidad normativa (expresión de un “*deber ser*”) sino como pura manifestación del *ser*, que opera, se transforma y se extingue en *conexión causal con los acontecimientos dimanantes de la vida social*.

Proseguirá el profesor Montoro presentando las dos manifestaciones fundamentales de la concepción sociológica del

⁸¹“La reducción del Derecho a un mero hecho (*factum*) o fenómeno social, en relación causal con otros hechos, hace que, desde esta perspectiva sociológica, se estime que la dimensión fundamental, constitutiva, del Derecho sea la *eficacia* (validez sociológica o fáctica) –que consiste ya (insistimos) no en un “deber ser” (normatividad) sino en “ser” (facticidad)– pasando a un segundo plano la positividad o dimensión normativa del derecho (“deber ser”) y prescindiéndose de la legitimidad.

La concepción sociológica del Derecho surgió como reacción a los excesos lógicos y formalistas en que incurrió el positivismo de signo normativista tanto en su noción del Derecho como en el tratamiento científico del mismo (...) Consiste en definitiva en la manifestación de una nueva ciencia, la Sociología, la cual, en relación con el Derecho (Sociología del Derecho), da un paso más (...) en la pretensión de hacer del conocimiento jurídico una ciencia rigurosa y precisa. De ahí su empeño metodológico de ver en el Derecho no una realidad normativa, portadora del sentido de “deber ser”, sino un mero hecho o fenómeno social, en relación causal con otros fenómenos sociales y, consecuentemente con ello, su pretensión de tratarlo y estudiarlo con los mismos métodos de las ciencias empíricas”. En MONTORO BALLESTEROS, A. Y OTROS, *Funciones y fines del derecho: Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones, 1992, págs. 185 a 187.

derecho, el sociologismo jurídico y el realismo jurídico americano⁸². Poniendo el punto de mira en el sociologismo jurídico (en el que se posiciona Ehrlich) se buscará el orden interno real, lo *efectivamente vivido y practicado* en la sociedad⁸³. Por tanto, desde esta perspectiva el derecho consistirá fundamentalmente en *hechos*, en *costumbres* convertidas en derecho por su reiteración en un grupo social, constituyéndose el derecho estatal como subsidiario del consuetudinario.

Ehrlich sostendrá que “*El libre descubrimiento del derecho no se opone a la ley*”. Con tal opinión que este autor (uno de los fundamentales del *Freirechtsbewegung* junto con E. Fuchs y H. Kantorowicz) sostiene en su obra *Freie Rechtsfindung und freie*

⁸²“Según la corriente doctrinal conocida con la denominación de realismo jurídico americano el Derecho no consiste tanto en las normas legales que dicen aplicar los jueces y funcionarios de la Administración –y que a veces influyen menos de lo que se cree en las decisiones de los mismos– cuanto en esas decisiones mediante las cuales, y bajo la cobertura de dichas normas, los mencionados jueces y funcionarios resuelven los problemas que les son sometidos. Representantes destacados de esta dirección doctrinal del pensamiento jurídico, que tiene su origen en los planteamientos sociológicos del juez O. W. HOLMES, son, entre otros, K. N. LLEWELYN y J. FRANK”. En MONTORO BALLESTEROS, A. Y OTROS, *op. cit.*, págs. 186 y 187.

⁸³“Para el *sociologismo jurídico* el centro de gravedad del fenómeno jurídico no reside ni en las leyes establecidas por el Estado (Derecho legal) ni en las decisiones de los jueces (jurisprudencia) sino en el orden interno real y efectivamente sentido, vivido y practicado dentro de las diversas asociaciones en que se articula la sociedad, por los miembros de las mismas. Tal es, por ejemplo, la posición de E. Ehrlich para quien el verdadero Derecho, el Derecho vivo (*lebendes Recht*), consiste esencial y básicamente en hechos, en comportamientos sociales observados reiteradamente por los hombres dentro de cada grupo social. Por esta razón piensa Ehrlich que la forma primaria y fundamental de manifestarse y existir el Derecho es la costumbre, el Derecho consuetudinario, en relación con el cual el Derecho legal o estatal tiene solamente un significado y una función subsidiarios”. En MONTORO BALLESTEROS, A. Y OTROS, *op. cit.*, págs. 186.

Rechtswissenschaft, queda patente su postura: no hay contraposición entre el derecho positivo, la ley escrita y objetiva y el movimiento del derecho libre. Si se pretende saber cuál será para Ehrlich la función esencial del derecho, tal y como señala Antonio Carlos Wolmer⁸⁴:

“En suma, resalta nítidamente en las consideraciones de Ehrlich la idea de que la función primordial del derecho en cualquier lugar no es la resolución de los conflictos, sino la institución de un orden pacífico interno de las relaciones sociales de cualquier asociación humana. Así, pues, el centro generador del derecho, en cualquier época, no debe ser buscado *“en la legislación ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina ni tampoco en el sistema de reglas, sino en la propia sociedad”*”.

En cuanto al modelo de jurista idóneo, Ehrlich, asimismo, sostendrá en palabras del profesor De Prada⁸⁵:

“... En el Prólogo a *Die juristische Logik* al afirmar que tanto su primer trabajo *Über Lücken im Rechte*, como *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* y la propia *Die juristische Logik* son obras dedicadas todas ellas a estudiar de dónde proviene el modelo, cuál es su alcance y a dónde conduce”... tareas para las que, literalmente, “han de unirse la teoría del conocimiento, la historia del derecho, la lógica, la psicología y la sociología”.

⁸⁴WOLMER, A. C., *Pluralismo político: fundamentos de una nueva cultura del derecho*, Colección Universitaria Textos Jurídicos, Mad S.L., 2006, pág. 174.

⁸⁵DE PRADA GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 18.

Así, al igual que en Montesquieu, aparece un contenido sociológico. La sociología ha de unirse a otras disciplinas para dar a luz en dicho estudio conjunto al modelo de jurista que se precisa, no ausente de la realidad sino inserto en la misma. *“Las reglas que los propios hombres, en su vida en común, tienen por obligatorias son el derecho vivo...”*, afirma Ehrlich⁸⁶ en su obra *Gesetz und lebendes Recht*. Un derecho que no contradice al estatal, que lo complementa o puede estar ínsito en sus mismas reglamentaciones. Un modelo de jurista que no puede concebirse ajeno a la historia del derecho o a la sociología de un pueblo, pues al igual que ésta ha de tener presente los grupos sociales y los individuos que lo integran a la hora de considerar la norma. Y que señala a lo que se apuntaba más arriba y se considera en el siguiente apartado: la concepción del iusnaturalismo como algo real y privado de un supuesto origen metafísico.

⁸⁶DE PRADA GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 35.

3.3. La eliminación de los restos metafísicos del concepto

Por una parte, se postula la superación de la concepción metafísica clásica que anclaba la hegemonía de los preceptos dimanantes del derecho natural en un supuesto ordenamiento suprapositivo de origen divino, eliminándose los últimos restos metafísicos del concepto y presentando una concepción que busca el fundamento iusnaturalista en la esencia misma del dinamismo social. Asimismo, también los planteamientos basados en los postulados del formalismo jurídico quedaron atrás, pues los juristas valoran con sus propios criterios, de cara a su ejecución, las normas que susceptibles de ser aplicadas, entrando a considerar su contenido y obrando en consecuencia; citando al profesor Nieto⁸⁷, para el jurista de hoy la Ley

⁸⁷“ ... En conclusión, el jurista de hoy ya ha dejado de creer que la ley es una norma sagrada e intocable y tan descreído como irrespetuoso se atreve a enjuiciar su contenido y hasta a poner sus manos en ella. Lejos ya del pasado formalismo, entra en el contenido material de las normas y obra luego en consecuencia de tal forma que, dejando a un lado la autoridad, valora con sus propios criterios y, a sus resultas, aplica o no aplica, o aplica previa adaptación, las normas.

Pues si esto es así, hora es ya de dejarnos de hipocresías e importa llamar a las cosas por su nombre. Porque si fuera verdad que las leyes ordenan la sociedad y resuelven sus conflictos y que los juristas se limitan a interpretarlas, todos –o al menos la mitad justa– deberían ser suspendidos por ignorantes o castigados por su mala fe, dado que no hay dos abogados que, ante el mismo caso, opinen lo mismo ni dos jueces que dicten igual sentencia. Hora es ya de dejar de burlarnos de los ciudadanos y de engañar a los estudiantes. Porque no se trata de ignorancia o de mala fe sino de algo más grave, a saber, que ni las leyes ordenan la sociedad ni resuelven los conflictos sino que, a todo lo más, son directrices, puntos de referencia que el legislador pone en manos de los funcionarios y de los jueces, a sabiendas de que sólo muy parcialmente van a aplicarlas y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador sino el criterio personal de operador.

Pero ¿cuáles son esos criterios que impulsan al jurista a aceptar ley sólo cuando y en la medida en que el contenido de ésta concuerde con su juicio?

ha dejado de ser norma sagrada e intocable, en una concepción obviamente alejada del formalismo jurídico.

E. Galán Gutiérrez achacó a la naturaleza de la cosa consistir en una formulación novedosa del clásico iusnaturalismo metafísico-panteísta, el cual se ha quedado a medio camino en su empeño de despertar una fundamentación metafísica del derecho⁸⁸. Al respecto puede alegarse la postura de W. Maihofer, que se considerará con mayor profundidad en el apartado dedicado al mismo al abordar la *Rechteheorie* y en otras partes de esta tesis. Al considerar el razonamiento teleológico y su aplicación a la teoría de la naturaleza de la cosa, Maihofer postulará una interpretación finalista de la situación existencial, concluyendo que a la hora de inferir una norma a partir de una situación concreta, se hará teniendo en cuenta exclusivamente los datos que proporciona la situación en cuestión, *dejando al margen cualquier premisa general de corte metafísico* que implique concepción alguna sobre la vida o el mundo. Por cuanto antecede, si la naturaleza de la cosa puede entenderse como sinónima de la función económica y social de las instituciones tal y como propone Norberto Bobbio y se analizará más adelante, para Maihofer tal función social de una institución ha de ser considerada, más que como “función general en el mundo y la vida”, como investigación de tal función en lo concreto y particular, centrados en los “*exclusivos datos que proporciona la situación*”, aludiendo a situaciones concretas en

Por lo pronto es seguro que se trata de criterios personales: lo cual explica la diferencia de decisiones. Y, en segundo lugar, es un criterio ajeno o trascendente a la norma. Dicho sea muy claramente: cada operador jurídico tiene un fin personal en cada caso concreto; llegado el momento contrasta la norma con tal fin y, si le conviene, la aplicará; pero si fin y norma no están de acuerdo, rechazará la norma o la retorcerá sin escrúpulos hasta que le sea útil”. En NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T. R.: *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, 1998, págs. 15 y 16.

⁸⁸PUY MUÑOZ, F. de P., “El derecho y la naturaleza de las cosas”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1966, pág. 89.

sentido estricto y no a cuestiones generales de derecho público, y prescindiendo como se indica de premisas metafísicas. Las “cosas” de cuya naturaleza emanan principios inspiradores de normativa jurídica serán para Maihofer la *naturaleza humana* en particular la *natura* considerada desde una perspectiva general, al estar conectada con el ser humano. Es importante resaltar el concepto que presenta a la naturaleza humana libre, consciente e ilógica, no sometida por su propia esencia a postulados inamovibles, pues sigue la evolución que la empuja hacia un mayor bien, hacia su entelequia; las reducciones practicadas a la naturaleza de la cosa, tendentes a considerarla en exclusiva como razón lógica, como valor ideal, como dato económico o sociológico, esto es, en *abstracto*, conducirán a un iusnaturalismo idealista y racionalista, distinto del derecho natural *concreto*, de contenido variable, ínsito en la naturaleza de la cosa.

Valga lo antedicho como reflexión sobre la concepción de derecho natural (pleno de actualidad) al que apunta la naturaleza de la cosa; el iusnaturalismo ínsito en la teoría que ocupa esta tesis se fundamenta en la conciencia y en la capacidad del ser humano, inserto en un mundo vivo, dinámico, que fluye y en las relaciones sociales y vitales que tal dinamismo genera independientemente de otros conceptos metafísicos (tales como aquellos supuestos principios supremos existentes por encima y al margen de las relaciones de vida expuestos anteriormente) y de los postulados del pasado formalista. En todo ello se profundiza en el apartado quinto de este capítulo de la mano de diversos autores.

Otro tema de discusión será si dicha capacidad humana y tal estructura de la realidad están así precisamente concebidas porque conforman la ruta para alcanzar un punto de evolución mayor, sirviendo por ende a un fin último superior, un punto final evolutivo y sublimador donde confluirán asimismo los postulados metafísicos, en línea con lo enunciado en el capítulo II y de lo que se tratará posteriormente en la parte tercera de esta tesis.

3.4. Radbruch: Las “formas de la regulación jurídica”

Gustavo Radbruch (1878-1949), político y jurista alemán, prestigioso filósofo del derecho, Ministro de Justicia en Alemania a quien el gobierno de Hitler privó de su cátedra en Heidelberg, aborda la defensa de la naturaleza de la cosa como reivindicación de la realidad ontológica que subyace bajo las normas.

Radbruch⁸⁹ entiende que *“la naturaleza del hombre es el factor constante y la naturaleza de las cosas el factor variable en la filosofía del derecho.”* Asimismo, tal y como señala el profesor Francisco Puy⁹⁰, Radbruch *“...entendía la naturaleza de la cosa como la estructura, u orden, fundada sobre el valor, o sobre la significación vital, que, respecto a una idea jurídica específica, corresponde a una situación jurídica concreta”*. De tal manera, como señala el profesor Fernández Galiano⁹¹:

“...lo que se quiere decir, jurídicamente hablando, con la expresión naturaleza de la cosa, es que el derecho debe tener en cuenta la realidad ontológica sobre la que se va a operar, adaptándose a los datos objetivos de la cosa y al orden metafísico de la naturaleza, de manera que la ley no puede desentenderse de esas constancias evidentes, so pena de conducir a un resultado absurdo o injusto y ser, por ello, inoperante.”

⁸⁹RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1955, pág. 26.

⁹⁰PUY MUÑOZ, F. de P., “El derecho y la naturaleza de las cosas”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1966, pág. 87.

⁹¹FERNÁNDEZ GALIANO, *op. cit.*, pág. 255. El remarcado en cursiva lo realiza el autor de esta tesis.

Es importante preguntarse qué “cosas” habrán de ser tenidas en cuenta para no ejercer la labor jurídica al margen de cuanto antecede y conducir así, por ende, a leyes inoperantes. Respecto a esto, Radbruch formula su doctrina entendiendo que hay tres tipos de “cosas”⁹²:

- a) Los fundamentos naturales de la reglamentación jurídica. Esto englobaría las circunstancias del sujeto, los hechos físicos y toda realidad natural que subyace a modo de justificación última del derecho. Así, una norma que legisle sobre la tutela ha de considerar en último término el dato objetivo de la falta de madurez del menor⁹³.
- b) Las preformas de la reglamentación jurídica. La tradición, los usos, las costumbres, las normas sociales han de ser contemplados a la hora de dictar normas “so pena de producir traumas en la sociedad e incluso que sus normas carezcan de la deseable vigencia social”⁹⁴. Posteriormente se volverá sobre este punto.
- c) Las reglamentaciones jurídicas existentes, datos con los que debe contar el legislador, como el derecho internacional, el Procesal... Así, el derecho antiguo influirá en el derecho de nueva gestación, el derecho internacional privado ha de respetar los derechos nacionales y el derecho codificado “no puede pasar por encima sin cautela del Derecho consuetudinario existente”⁹⁵.

⁹²BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *op. cit.*, pág. 353.

⁹³FERNÁNDEZ GALIANO, A., *Derecho Natural*, 5ª edición, Ceura, 1987, pág. 255.

⁹⁴BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *op. cit.*, pág. 353.

⁹⁵ FERNÁNDEZ GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 256.

Para concluir este apartado, es importante señalar que el concepto presentado por Radbruch sobre la defensa de la naturaleza de la cosa como reivindicación de la realidad ontológica que subyace bajo las mismas normas se aborda con mayor profundidad en el apartado cuarto del capítulo IV⁹⁶, al entrar a considerar, en la pretensión de fundamentar el derecho sobre categorías ontológicas, las nuevas perspectivas hermenéuticas entre lo ontológico y lo epistemológico.

⁹⁶Si bien será en dicho apartado cuarto del capítulo IV donde se aborde con mayor profundidad el tema indicado, en otras partes de esta tesis, como el apartado 3.6 del presente capítulo III y en los apartados tercero y cuarto del capítulo IV, se incide en la pretensión de fundamentar sobre categorías ontológicas el Derecho, planteándose entre otros los postulados críticos de Ernesto Garzón Valdés, la respuesta a los mismos desde la metodología a aplicar en cuanto al objeto de estudio (el ser humano y su comportamiento en la realidad social) y los nuevos planteamientos hermenéuticos, que en su verdadera comprensión tienen en cuenta tanto el plano epistemológico como el ontológico desde una perspectiva aristotélica e integradora.

3.5. El supuesto “retorno del derecho natural” en la naturaleza de la cosa

Junto a otros movimientos de corte neoiusnaturalista (Neokantismo en Alemania, Krausismo en España o la Neoescolástica con la eminente figura del jesuita P. Víctor Cathrein) puede decirse que la teoría de la naturaleza de la cosa reconduce al “eterno retorno del derecho natural” (aludiendo al título de la obra de Romen). Pero no a un derecho natural de concepción clásica, fundado exclusivamente en principios existentes más allá de la vida y su devenir. Tal y como indica el profesor José Luis Mirete Navarro⁹⁷, lo que se postula es una nueva fundamentación para esta rectificación y prolongación del viejo derecho natural, con un contenido más amplio, en que consiste la naturaleza de la cosa. El mismo profesor Mirete citará a Rodríguez Paniagua⁹⁸:

“...la doctrina de la naturaleza de las cosas puede entenderse como una categoría general o global, que comprendería todas las tendencias que pretenden acercar el derecho a la realidad y buscar en ésta una orientación para la creación y la aplicación del derecho”.

⁹⁷“... Lo que importa destacar, es la conexión de la justicia política, como protectora del Estado de Derecho, con la idea de *natur der Sache*, nueva concepción del Derecho Natural de contenido amplio, rectificación del viejo Derecho Natural (tomista y racionalista) pero que supone su prolongación, con distinto tipo de fundamentación”. En VV. AA., *Funciones y fines del derecho: Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones, 1992, pág. 540.

⁹⁸RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Hacia una concepción amplia del Derecho Natural*, Tecnos, 1970, pág. 123.

De igual manera, la naturaleza de la cosa entendida como una dirección doctrinal del objetivismo jurídico puede caber desde una perspectiva amplia dentro del iusnaturalismo⁹⁹, pero no de uno de corte clásico, pues si bien según la concepción tradicional de los presupuestos en que se funda el derecho natural se consideran inmutables y eternos, la naturaleza de la cosa adoptará la forma contingente y mutable que le marquen las relaciones de convivencia en cada momento de la historia. En ese contexto, puede hablarse de que la naturaleza de la cosa postule un retorno del derecho natural, pero no apunta hacia uno de contenido tradicional, sino hacia aquél que se incardina en las relaciones de vida, en la convivencia, en la sociedad que en cada momento histórico conforme un grupo humano, un pueblo en cuestión. Cuanto antecede se considera con mayor profundidad al abordar el apartado quinto del presente capítulo y los su apartados 3.3 y 3.6 del mismo.

⁹⁹“... la naturaleza de la cosa es, sin duda, una dirección doctrinal del objetivismo jurídico, y en este sentido cabe dentro de una amplia concepción del iusnaturalismo. No obstante, se diferencia del derecho natural en que, mientras éste enraíza el derecho en un principio absolutamente supremo, que está incluso por encima de *las relaciones de vida*, aquélla, en cambio, busca el fundamento jurídico en el seno de esas relaciones, en un orden inherente a las mismas. Lo cual tiene, como consecuencia –y en ello se encuentra otra diferencia entre ambas posturas– el que, en tanto el derecho natural es concebido como un ordenamiento inmutable, la naturaleza de la cosa adopta necesariamente la forma histórica de esas relaciones de convivencia en cada momento”. En FERNÁNDEZ GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 258.

3.6. La *Rechtstheorie*

Puede hablarse de tres estadios por los que atraviesa la *Rechtstheorie* o “Teoría del Derecho” en Alemania desde 1945, en que se rompe con la tradición anterior a esa fecha en dicho país. Siguiendo la exposición de Minor E. Salas¹⁰⁰:

- a) Un primer estadio de “Renacimiento del derecho natural”; fase de retorno a la metafísica, al menos como punto de partida, en la que se hablará una y otra vez del “ewige Wiederkehr des Naturrechts” o el eterno retorno del derecho natural. Posteriormente, sin abandonar este primer estadio se iniciará un movimiento que trata de fundamentar el derecho en categorías ontológicas más que metafísicas, siendo este terreno caldo de cultivo para la discusión sobre “Die Natur der Sache” (la naturaleza de las cosas)¹⁰¹, debate que se extenderá por varias décadas más, con autores en liza como Kaufmann (1965), Dreier (1965) o G. Esprenger (1976). Tal como expone E. Salas, el debate se centra en la “fundamentación de las categorías jurídicas partiendo de unas “estructuras lógico-objetivas” –como les llamaría Welzel–, las cuales son impuestas a la consciencia humana por medio del orden inmanente que subyace a la realidad. Estas estructuras representarían algo así como las condiciones de posibilidad del ser y del pensar”.

¹⁰⁰SALAS, MINOR E., “¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Edición electrónica Espagrafic, 1989.

¹⁰¹ Los tres estadios del debate por los que atraviesa la *Rechtstheorie* se exponen a partir de la citada obra de Minor E. Salas en la nota anterior, págs. 10 a 14.

- b) Un segundo período de dominio de las “teorías analíticas *lato sensu*”; fase escéptica que sigue a la metafísica, antítesis que sigue a la tesis repitiendo así el modelo dialéctico. En ella, la preocupación se centra en torno a los problemas metodológicos, en particular en la Metodología Jurídica. Serán las nuevas corrientes hermenéuticas y analíticas las que generarán un marcado escepticismo en torno a la posibilidad de fundamentación del derecho. Por un lado, la Hermenéutica, entendida como disciplina que busca la comprensión del sentido último, tomando en cuenta no sólo el texto legal sino los aspectos subjetivos o vivenciales de quien interpreta, pues será este sujeto quien realmente “actualice” la Ley al interpretarla para su efectiva aplicación. Por otro, las corrientes analíticas, que acudirán en su interés para la formalización del derecho a disciplinas como la Lógica, la Teoría de las ciencias o la Lingüística.
- c) El tercer período, una época de dominio de las “teorías éticas” (normativismo), fase axiológica dominada por un regreso de la Teoría del derecho al problema de la “fundamentación normativa”, esto es, no se trata de fundamentar las categorías jurídicas a partir de unos valores trascendentes, atemporales y ahistóricos (metafísicos) ni tampoco en valores inmanentes o derivados de la “naturaleza de las cosas”, sino, en palabras de Neumann, un intento de desarrollar una “ética jurídica sin metafísica”.

Entrando en el debate sobre *Die Natur der Sache*, conviene preguntarse si es factible la pretensión de fundamentar el derecho en categorías ontológicas. Para ello se presentan, de la mano de Ernesto

Garzón Valdés¹⁰², los postulados de siete juristas que desde 1947 abordan de una u otra forma el tema que nos ocupa¹⁰³.

A) Helmut Coing

Helmut Coing partirá de la base del concepto de justicia como protectora del Estado de Derecho¹⁰⁴. Asimismo, tal y como afirma en su obra *Grundzüge der Rechtsphilosophie*¹⁰⁵, existe un “orden

¹⁰²GARZÓN VALDÉS, E., *La Naturaleza de la Cosa*, en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 47 a 52.

¹⁰³Si bien el propio Garzón Valdés concluirá negando la posibilidad de extraer de la realidad de las cosas juicios de valor desde la perspectiva del razonamiento lógico, tal y como ya objetara Bastide entre otros (y así se expone en el apartado quinto del capítulo III de esta obra), en el apartado cuarto del capítulo IV de la misma se rebatirán tales argumentos partiendo de la base de que hay muy diferentes tipos de “cosas”; que en el caso que nos ocupa el concepto alude a la realidad social, esto es, al sentir común de personas, de seres humanos que se rigen por sus propias conciencias individuales y se comportan de manera diferente ante unos mismos estímulos (lo cual implica una diferencia sustancial a la hora de abordar el tema, como es diferente la metodología que ha de aplicarse en el estudio del comportamiento humano frente a, por ejemplo, el proceso mecanicista que hace crecer una semilla). Se presentarán asimismo los postulados de la nueva visión hermenéutica, que en su comprensión integradora tiene en cuenta tanto el plano ontológico como el epistemológico y apuntan a lo que más adelante se plantea cómo retorno a lo aristotélico y a la búsqueda de lo “justo real” o “justo natural”.

¹⁰⁴“El poder aspira a la sumisión absoluta; la idea del Derecho impone respeto recíproco, y no puede tolerarse una renuncia a sí misma impuesta ni voluntaria. Por ello la relación de poder tiene que ser modificada si es que se la quiere someter a la idea del derecho”. En COING, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ariel, 1961, pág. 193.

¹⁰⁵“En las cosas mismas parece habitar un orden que la justicia tiene tan solo que conocer y tener en cuenta para poder marchar segura. La pregunta acerca de la medida o criterio con la que termina el análisis de la idea del derecho parece encontrar aquí su respuesta; la naturaleza de las cosas parece dar a la justicia “abierta” la pauta que falta, de manera tal que la idea del

permanente en las cosas sociales” que impone al legislador su propia legalidad.

En cualquier relación social, en cualquier institución es posible descubrir leyes permanentes. La labor del legislador consistirá en descubrir mediante la razón dicho orden que subyace en la naturaleza de las cosas (así, Coing emula a Montesquieu). El concepto de dicha naturaleza de las cosas englobará¹⁰⁶:

“Por una parte incluye la naturaleza del hombre, sus capacidades naturales, sus impulsos, sus objetos volitivos, etc., tal como se presentan en las diversas edades de su vida. Por otra, incluye además en sí la característica objetividad propia de los diversos ámbitos de actividad y de las diversas comunidades del hombre”.

La justicia consiste, por tanto, en “otorgar a los hombres y a los procesos sociales un lugar tal en el orden jurídico, que sea el que les corresponde según el orden eterno del ser”¹⁰⁷. Lo justo es lo que se corresponde con el SER. ¿A dónde conducirá este estudio sobre la naturaleza de las cosas? Al posible establecimiento de un orden ético dotado de coactividad estatal. Más tarde se volverá sobre esto.

Por último, Coing formulará una serie de principios “contenido necesario” de todo orden jurídico, si bien en opinión de Garzón Valdés tan solo constituye un catálogo de principios que se encuentran en la Carta de Naciones Unidas o en la casi totalidad de constituciones de los países occidentales, y en la de Welzel

derecho pueda ampliarse al orden cerrado, al indicarnos el orden que se encuentra en las cosas mismas”. En GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 47.

¹⁰⁶COING, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ediciones Ariel, 1961, pág. 131.

¹⁰⁷GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 47.

“...únicamente hipostasía los deseos políticos de su época o de su persona en proposiciones eternas de derecho natural”¹⁰⁸.

B) Hans Welzel

Hans Welzel formula el concepto de “estructuras lógico-objetivas”, similar en cierto modo al de naturaleza de las cosas según Garzón Valdés. Dichas estructuras:

- a) Están dadas de antemano al legislador y fijan los límites de su libre actividad creadora.
- b) Son materiales y objetivas, existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior una vez conocidas.
- c) Son lógicas porque su inobservancia trae consigo contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico.

Así, estas estructuras “... juegan el papel de limitaciones negativas para el actuar del legislador. Este último no puede dictar leyes cuya realización sea físicamente imposible –aquí parece estar presente la afirmación de Kant “*Du sollst, wenn Du kannst*” (“debes si puedes”)– o una vez que ha establecido, por ejemplo, la distinción entre culpa y dolo, dejarla de lado, so pena de imponer un ordenamiento impracticable o contradictorio”¹⁰⁹.

De esta manera, para Welzel “la superación del positivismo no se encuentra en la remisión a un derecho “suprapositivo” sino en “la elaboración de aquellas estructuras lógico-objetivas insertas en la

¹⁰⁸Véase la opinión de Garzón Valdés y lo sostenido por Welzel en GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 48.

¹⁰⁹GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 48.

materia jurídica y preliminares a toda regulación positiva¹¹⁰ que son en sí mismas limitación negativa a la labor del legislador.

C) Günter Stratenwerth

Günter Stratenwerth recoge la expresión de “estructuras lógico-objetivas” señalando que “las estructuras lógico-objetivas son datos ónticos que bajo un determinado punto de vista se destacan como esenciales¹¹¹.”

Coincidirá con Welzel al afirmar que la decisión acerca de los valores que una norma jurídica realiza es inductible y originaria, pero va más allá, llegando a sostener que “sería una equivocada interpretación considerar que la naturaleza de la cosa con su referencia a los puntos de vista rectores es capaz de admitir cualquier valoración. Pues la relación entre un determinado punto de vista valorativo y la correspondiente estructura objetiva es indisoluble¹¹².”

D) Ottmar Ballweg

De igual manera, Ottmar Ballweg considera:

“... La ‘estructura lógica de la realidad es la condición para que los hombres no vivan su realidad como un caos, sino como orden. El ser ya es un orden’. La naturaleza de la cosa es la realidad objetivamente verificable, estructurada lógica y objetivamente, cuyo carácter de orden de acuerdo con el ser constituye el derecho en forma decisiva. Hay, pues, un orden en

¹¹⁰GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 48.

¹¹¹GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 49.

¹¹²GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 49.

el ser que hay que descubrir para interpretar al mundo y dirigir nuestra conducta”¹¹³.

E) Erich Fechner

Erich Fechner tratará de los factores reales del derecho, que desempeñarán un papel de elementos de control o de delimitación similar al de las estructuras lógico-objetivas de Welzel. Considera al derecho como un fenómeno social, que como tal está sujeto a las legalidades del mundo real. Estas legalidades, estos “factores reales” que influyen y condicionan la estructura del derecho, serán de tipo económico, político o biológico. Respecto a este último, citando al mismo Fechner¹¹⁴, constituye un componente determinante que se encuentra más allá de lo arbitrario, pues en gran manera se halla fuera del alcance del ser humano y lo determina.

Asimismo, afirma que “cuando el hombre intenta rebelarse contra las leyes de la naturaleza, entra en lucha con los principios a los cuales debe su existencia como hombre. Todo actuar contra la naturaleza tiene que conducir a la propia destrucción”¹¹⁵.

Los factores reales del derecho tendrán un doble carácter:

- a) Son previsibles (su previsibilidad permite ordenar las relaciones humanas de tal manera que armonicen con los datos proporcionados por la biología).
- b) Son coactivos.

¹¹³GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 49.

¹¹⁴[...] El factor biológico en la creación del derecho representa un componente que en gran medida está fuera del alcance arbitrario del hombre. [...] Cuando el hombre actúa en contra de las leyes de la vida, sólo puede destruir”. En GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 50.

¹¹⁵GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, págs. 50 y 51.

Concluirá Garzón Valdés en la obra referida planteando cómo Fechner distingue estos factores reales de la naturaleza de la cosa, ya que ésta haría referencia no sólo a algo objetivo, sino también al sentido de una relación vital, sentido que depende de la idea de derecho y donde está presente un elemento subjetivo imposible de eliminar.

F) Herbert Schambeck

Herbert Schambeck, conjuntamente con el último autor que se presenta en este apartado, Werner Maihofer, constituye en palabras de Garzón Valdés la más categórica y radical formulación con respecto a la función y el papel que ocupa la teoría objeto de esta tesis en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo: la naturaleza de la cosa es considerada fuente del derecho más que mero control del legislador, y éste ha de tener en cuenta el contenido ontológico ínsito en los factores reales del derecho positivo, ya que forma parte de los factores reales del mismo y proporciona al orden del derecho positivo un contenido objetivo ontológico-teleológico¹¹⁶.

¹¹⁶“Schambeck considera que en la naturaleza de la cosa están ínsitas valoraciones que el legislador debe tener en cuenta para proceder de acuerdo con una forma de pensamiento concreto, natural. Existe un contenido ontológico en los factores reales del derecho positivo que tiene importancia fundamental para el ser del derecho. El orden del derecho es, según Schambeck, “el resultado del conocimiento de las estructuras esenciales de datos que, independientemente de cualquier imposición del derecho, llevan en sí mismos un determinado sentido y, de esta manera, son capaces de proporcionar al orden del derecho positivo un contenido objetivo ontológico-teleológico”. La naturaleza de la cosa es fuente del derecho y no simple control del legislador”. En GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, págs. 51 y 52.

G) Werner Maihofer

Por su parte, expone Garzón Valdés cómo Werner Maihofer "...ha sostenido siempre la posibilidad de fundar un orden normativo concreto, un derecho natural existencial, sobre la naturaleza de las cosas, entendiendo por cosas las relaciones intersubjetivas y las relaciones del hombre con el mundo objetivo. La naturaleza de la cosa es aquí también fuente del derecho y pauta o criterio de justicia"¹¹⁷.

Posteriormente se volverá sobre los postulados de Maihofer, particularmente en el apartado quinto de este capítulo (situando sus aportaciones en el contexto de las perspectivas ontológicas sobre la naturaleza de la cosa) y en el tercero del capítulo IV, al abordar el tema fundamental de los límites de la teoría de la naturaleza de la cosa. En este punto en concreto se resalta el significado de naturaleza de la cosa para Maihofer, que apela a la misma refiriéndose al análisis de la estructura de una concreta relación social con el objetivo de descubrir aquellos valores que conforman los intereses de los individuos que forman parte de la misma, tal y como señala Francisco Puy¹¹⁸.

¹¹⁷GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 52.

¹¹⁸"...llega a la conclusión de que la apelación a la naturaleza de la cosa significa analizar la estructura concreta de una concreta relación social, para descubrir los valores que se esconden tras la manifestación de los intereses de los individuos que participan en ella, en cuanto tales participantes (o sea, en cuanto *Als-séin*), extrayendo de ahí el o los principios jurídicos que les corresponden, seleccionándolos según un doble postulado: se ha de escoger la regla que mejor conserve el equilibrio ideal de los factores que entran en el juego de la relación; y se ha de seleccionar la regla que mejor mantenga el principio de reciprocidad". En PUY MUÑOZ, F. de P., "El derecho y la naturaleza de las cosas", *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1966, págs. 76 a 93.

Dicho esto, se plantea la postura de Maihofer sobre el razonamiento teleológico y su aplicación a la teoría de la naturaleza de la cosa. En el apartado sexto del capítulo IV se expondrá la postura de Bobbio, que considera el razonamiento teleológico como vía para destilar normas a partir de la naturaleza de la cosa. Al respecto, tal y como señala el profesor Puy¹¹⁹, Maihofer postulará una interpretación finalista de la situación existencial, concluyendo que “...*la inferencia de la norma desde la situación concreta ha de hacerse con vistas a los exclusivos datos que proporciona la situación, no partiendo de premisas generales de índole metafísica que impliquen concepciones del mundo y de la vida*”¹²⁰.

Por cuanto antecede, si naturaleza de la cosa puede entenderse como sinónima de función económica y social de las instituciones, tal

¹¹⁹“... si bien su teoría de la naturaleza de la cosa pueda ser entendida (como quería Bobbio) al modo de interpretación teleológica, no es en el sentido del positivismo de una interpretación finalista de la norma, sino de la situación existencial. No es interpretación de un precepto para adecuarlo a una situación, sino interpretación de la situación para inducir un precepto, si bien se pueda establecer después un segundo momento de confrontación entre el precepto encontrado y el precepto legal previo; pero teniendo siempre en cuenta que la función fundamental es la del análisis del caso no previsto en la ley. Por otra parte, siempre según Maihofer, la naturaleza de la cosa no puede consistir en la apelación a un equilibrio ideal entre estado de cosas dado y estado de cosas creado (o sea, entre los *données* naturales y los *données* culturales); pues existe un equilibrio ideal entre los elementos dados culturales entre ellos, y un equilibrio ideal entre los elementos dados naturales entre ellos ; la naturaleza de la cosa es apelación a los criterios proporcionados precisamente por ese equilibrio ideal resultante de las tensiones internas a ambos campos estrictamente. Pero lo que importa subrayar es que para Maihofer, si la naturaleza de la cosa se puede entender como investigación de la función social de una situación o institución, ha de entenderse que es investigación de su función concreta y particular, no de su función general en el mundo y la vida.” En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 88 y 89.

¹²⁰ PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 89.

y como propone Norberto Bobbio y se expone en el apartado sexto del capítulo IV, para Maihofer tal función social de una institución ha de ser considerada no como “*función general en el mundo y la vida*”, sino como investigación de tal función en lo concreto y particular, centrados en los “*exclusivos datos que proporciona la situación*”, aludiendo a situaciones concretas en sentido estricto y no a cuestiones generales de derecho público. En cuanto a las “cosas” de cuya naturaleza emanan principios inspiradores de normativa jurídica, Maihofer apuntará hacia la *naturaleza humana* en particular, y hacia la *natura* en sentido amplio desde una perspectiva general, al estar conectada con el ser humano¹²¹, como se desarrolla en el apartado quinto y último de este capítulo.

Pero lo importante a reseñar aquí es el concepto que presenta a la naturaleza humana libre, consciente e ilógica, no sometida por su propia esencia a postulados inamovibles, pues sigue la evolución que la empuja hacia un mayor bien, hacia su entelequia; desde estos planteamientos se abordarán los postulados de Ernesto Garzón Valdés en el apartado cuarto del capítulo IV, ya que las reducciones practicadas a la naturaleza de la cosa, tendentes a considerarla en exclusiva como razón lógica, como valor ideal, como dato económico o sociológico, esto es, en *abstracto*, conducen a un iusnaturalismo idealista y racionalista, distinto del derecho natural *concreto*, de contenido variable, ínsito en la naturaleza de la cosa. Tal y como señala Hurtado y refiere Francisco Puy¹²², “*la naturaleza es dinámica y concreta, y sólo es aprehensible en la existencia, en los actos o relaciones existenciales concretos.*”

¹²¹ PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 90 y 91.

¹²² PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 92.

4. LAS POSICIONES DE DEL VECCHIO

Ya se apuntó en páginas precedentes la concepción de Del Vecchio sobre positividad y derecho natural, en la que el autor planteaba la vigencia efectiva de una norma “como elemento externo o accidental” del derecho: una normativa de derecho positivo, en un tiempo vigente, podrá no estarlo en un futuro (por ejemplo, el derecho romano), y sin embargo son normas de derecho positivo; de igual forma, una idea jurídica que hasta la fecha no se ha practicado, no conformando por ende normativa de derecho positivo y no encontrándose actualmente vigente, podrá estarlo en un futuro¹²³.

En cuanto a la naturaleza de la cosa, Del Vecchio la considera como fuente del derecho, carácter que “...*procede de que equivale a los principios supremos del derecho natural comunes a la civilización occidental*”¹²⁴. A la hora de pasar a la concreción de tales principios, Del Vecchio apunta una serie de características del derecho natural: excluye todo elemento sobrenatural, el hombre lo conoce puramente mediante su razón, sin el auxilio de información revelada, y al mismo tiempo es un derecho que atiende tan sólo a la consecución de los fines temporales del hombre. Asimismo, está por encima de toda intervención de los hombres, puesto que al proceder de la naturaleza humana, en la que se fundamenta, confiere a sus mandatos y prohibiciones un carácter de necesidad.

Del Vecchio comprende la Naturaleza desde una perspectiva teleológica, señalando que “... *Por naturaleza entendemos en este sentido el principio que se despliega en el mundo a través del orden ascendente de los tipos, la razón que vivifica la materia y la esfuerzo en organizarse e*

¹²³Véase el apartado segundo del capítulo II de esta tesis.

¹²⁴PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 78.

*individualizarse, hasta que se hace sujeto, que siente y quiere y se refleja sobre sí como pensamiento*¹²⁵.

Asimismo, en “El hombre y la naturaleza”¹²⁶ presenta otra definición, según una orientación objetiva (esto es, desde un punto de vista que parte de un objeto, considerando todas las cosas en el orden de su génesis externa), que incluye el conjunto de fenómenos o hechos físicos que se extienden indefinidamente en el espacio y el tiempo, los actos humanos y los denominados hechos sociales. Seguidamente, plantea desde una perspectiva subjetiva, más allá de la causalidad determinista, el papel del ser humano¹²⁷, concluyendo

¹²⁵DEL VECCHIO, G., *Filosofía del derecho*, 6ª edición, Bosch, 1953, pág. 251.

¹²⁶“... La Naturaleza, según la primera concepción, es el conjunto de fenómenos o hechos físicos que se extienden indefinidamente en el espacio y en el tiempo, y se hallan ligados entre sí por la relación de causa y efecto (sin lo cual no podría hablarse de Naturaleza, sino más bien de caos). En esta concepción entran también los actos humanos y los llamados hechos sociales, ya que también ellos, sea cual fuere su significado y valor en otros aspectos, tienen innegablemente un substrato físico y pertenecen a la Naturaleza genéricamente considerada, de tal suerte que con razón se aplica a ellos, como a todos los demás fenómenos, el criterio de la causalidad”. En DEL VECCHIO, G., “El hombre y la naturaleza”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 11, 1964-1965, Ministerio de Justicia/BOE/Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, págs. 1-10.

¹²⁷“... Ciertamente, en cuanto el hombre es parte de la Naturaleza (según la orientación objetiva), se halla sujeto a las leyes físicas, y sus acciones son en todo caso y por necesidad coherentes con todos los demás fenómenos, por lo cual puede afirmarse que no es propiamente él quien obra, sino que es la Naturaleza la que obra en él. Pero en su cualidad de principio, como ser inteligible, tiene en sí la posibilidad de determinarse, y la Naturaleza es solamente el medio o el campo en el cual sus determinaciones se desenvuelven y toman forma sensible. Las acciones humanas se consideran entonces en otra perspectiva: no ya en el nexo empírico, que las liga a los fenómenos antecedentes y consiguientes, sino en su dependencia trascendental respecto al ser nouménico del sujeto y a las ideas de que éste

que “... la facultad de abstraer y descubrirse a sí mismo más allá de la Naturaleza, de referir al yo, a través de las ideas, toda la realidad que en él converge, constituye el ser propio y específico del sujeto, su naturaleza en sentido eminente, y esta facultad o vocación se revela a cada uno en el indefectible sentimiento del propio libre albedrío y de la consiguiente imputabilidad”¹²⁸.

Así, conjuntamente con las circunstancias que vienen determinadas en el sujeto por la naturaleza, está la “naturaleza en sentido eminente” del ser humano, su facultad de abstracción, de autodescubrimiento, manifestación de la cual es el libre albedrío y sus consecuencias en el orden jurídico¹²⁹. De tal manera, se plantea una misma unidad absoluta con dos visiones comprensivas, objetiva y subjetiva, donde la conciencia humana es manifestación en los seres humanos del orden del universo: Será indagando en la misma naturaleza como descubriremos las leyes de nuestro propio espíritu traducidas en ella.

se halla en posesión”. En DEL VECCHIO, G., *op.cit.*, pág. 4.

¹²⁸DEL VECCHIO, G., *op.cit.*, pág. 4.

¹²⁹“... Por lo demás, una recta reflexión nos muestra que tanto el criterio de la causalidad como el de la finalidad, están radicados en nuestro entendimiento como categorías propias suyas, es decir, como modos funcionales de aprehender el mundo externo; tienen, pues, una validez subjetiva, lo cual, sin embargo, no significa que no tengan también una validez objetiva. Indagando la Naturaleza, descubrimos como traducidas en ella las leyes de nuestro espíritu, como si fuera su espejo, o como si, por el contrario, el espíritu fuera el espejo de la Naturaleza; en una palabra, encontramos en el orden del universo las mismas huellas ideales que descubrimos como datos a priori en nuestra conciencia. Lo cual nos induce a pesar que el sujeto y el objeto son como refracción de una misma unidad absoluta”. En DEL VECCHIO, G., *op.cit.*, pág. 3.

En cuanto al ser del derecho y su relación con la naturaleza, Del Vecchio analiza una dúplice dimensión presente en el mismo; por un lado, su eternidad y, por otro, su mutabilidad¹³⁰. Plantea desde esta última visión al derecho como “ritmo de la vida”, un ritmo que se adapta a la “música que suena”, al devenir de los acontecimientos en el cual consiste el flujo de la vida¹³¹. Desde esta concepción, la Justicia, presente en la conciencia de cada ser humano, es expresión terrenal de una ley absoluta y eterna, superior a la mutable legalidad positiva.

¹³⁰“...Si dirigimos ahora nuestra atención al Derecho, fácilmente descubrimos que se nos presenta en doble aspecto: como idea ínsita en nuestra mente y como hecho histórico y positivo (...) Séame consentido recordar aquí una frase que oí un día de un gran poeta, Gabriel D’Annunzio, habiendo recaído la conversación sobre la confrontación entre el Derecho y la Poesía. «También el Derecho –dijo éste– es un ritmo de la vida.» Creo que pueda agregarse que es un ritmo necesario y constante de la conciencia de los individuos y de los pueblos”. En DEL VECCHIO, G., “Mutabilidad y eternidad del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 3, 1955, Ministerio de Justicia/BOE/Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, págs. 2 y 3.

¹³¹“...Sucesivamente, a medida que aquel germen eterno de lo justo (según la expresión de Vico) se desarrolla y las relaciones sociales se extienden, el reconocimiento de la personalidad ajena en relación con la propia se perfecciona en profundidad y en amplitud, dando instituciones que se aplican, no sólo a un mayor número sino también a nuevas formas de actividad. Surgen de este modo nuevas especies de derechos subjetivos o de libertades, pues se acrecienta también correlativamente la serie de las limitaciones y de las obligaciones, coeficientes inseparables de cualquier proposición jurídica (...) La presencia de esta «voz celeste» (cómo la llamó justamente Rousseau) en nuestra conciencia, merece la meditación más atenta, porque ella nos revela, mejor que cualquier otro dato, la verdadera sustancia de nuestro ser y nuestra misión. La justicia, entendida en su esencial significado, no es ni puede, ser otra cosa, que la expresión de una ley absoluta y eterna; superior, por ende, a la mudable legalidad positiva, e igualmente, radicada en nuestro espíritu, el cual por esto no puede consistir todo él en la efímera vida que se desenvuelve en el mundo sensible, sino que necesariamente pertenece y participa de un orden de verdades ultraterrenas”. En DEL VECCHIO, G., *op. cit.*, págs. 3 y ss.

¿Es incompatible la perennidad de la ley eterna con la mutabilidad de la ley positiva? Necesariamente no. Es más, será preciso que la ley positiva se impregne de la eterna, y no sólo en una época, sino que evolucione tal y como evolucionan las conciencias individuales, las cuales conforman la real y efectiva presencia terrenal de la Justicia.

Plantea asimismo Del Vecchio el “derecho a la soledad”, a la búsqueda de los cimientos esenciales de la sociedad en el interior de cada ser humano y desde ahí poner el punto de partida hacia la fraternidad universal¹³². Posteriormente se volverá sobre el tema de la globalización, la “fraternidad universal” y su carácter quizá imparabile y necesario, de acuerdo con la propia evolución del ser humano y de la sociedad. A continuación se aborda, de la mano de este autor, lo que ya se apuntó en el capítulo II por parte de Santo Tomás con referencia a las leyes injustas o a los gobernantes tiránicos y al derecho a la resistencia frente a los mismos¹³³.

¹³²“Este derecho primigenio, que podremos llamar ‘derecho a la soledad’ porque consiste en la facultad ingénita de buscar *in interiore homine* el motivo y la condición determinante de toda relación social, se desarrolla en una serie de derechos, también ellos naturales en su fundamento, aunque diversamente especificados según las circunstancias históricas, y a veces también –de hecho– arbitrariamente alterados y violados. La exigencia, en el sentido ético o deontológico, con todo, permanece íntegra; y con la facultad perteneciente a cada uno de requerir de los otros el respeto de ellos, acompañase, por imprescindible necesidad lógica, la obligación de cada uno de respetar igualmente; a su vez, la misma exigencia en los demás.

Reconocer en sí y en cada otra persona el reflejo de un mismo espíritu, y por ende, la subordinación de una misma ley, significa admitir el vínculo de la fraternidad entre todos los hombres; esto es, aquella *societas humane generis* que, entrevista ya por la Filosofía antigua, ha tenido la afirmación más luminosa en el Evangelio.” En DEL VECCHIO, G., *op. cit.*, pág. 6.

¹³³“... Ninguna ley, *ab hominibus inventa*, por otra parte, puede abolir aquella ley ínsita en nuestra naturaleza. Las aberraciones del arbitrio humano pueden violar esta ley, pero no destruir su valor ideal, que queda intacto, por encima de cualquier violación posible. Las locas pretensiones de aquellos príncipes o gobernantes que, llegados al mayor poder en su Estado,

Reconsiderése lo sostenido por Del Vecchio sobre el supuesto de aquéllos que, tras alcanzar el gobierno del Estado, ajenos al deber que tienen con los que gobiernan y sintiéndose libres de obligación alguna, imponen de forma autoritaria e indiscriminada sus propios criterios, su propia voluntad con carácter absoluto chocando contra “*la conciencia de los pueblos*”, y el resultado que deviene de dicha confrontación: la sublevación por parte de los gobernados en nombre de la ley, no ya de la promulgada sino de una “*ley más alta y más verdadera*” que no será sino una apelación al iusnaturalismo y en el caso que nos ocupa, a la naturaleza de la cosa. Porque aquí, la alusión a tal conciencia de los pueblos, a esa realidad ontológica sobre la que opera el derecho, alude directamente a la naturaleza de la cosa, que debe ser tomada en cuenta por juristas y gobernantes adaptándose en su proceder al orden de la naturaleza y a los datos objetivos de la cosa misma, de manera que la ley no puede concebirse al margen de estos presupuestos so pena de conducir a los pueblos que se gobiernan o a las leyes que se dicten a resultados injustos, absurdos e inoperantes. Dicha realidad ontológica conducirá necesariamente hacia diferentes derechos, diferentes ordenamientos dependiendo de los pueblos a los que se dirigen tales normas, así como de las sociedades a las que tratan de dar respuesta jurídica mediante tales normativas ¹³⁴. No

considerándose libres de cualquier vínculo y de cualquier obligación e impusieron su voluntad como ley absoluta, chocó necesariamente contra la *conciencia de los pueblos*, que no tardó jamás mucho tiempo en sublevarse en nombre de una ley más alta y más verdadera. La Historia misma, si se mira bien, desmiente pues los presupuestos de aquellas escuelas que, sordas a los dictámenes de la Filosofía perenne, confundieron y a veces aún confunden la autoridad legítima con el poder de facto, proclamando al Estado, de cualquier manera constituido, única fuente de todo derecho”. En DEL VECCHIO, G., *op. cit.*, pág. 7.

¹³⁴“Nadie discute, y ya lo destacamos, lo que hay de relativo y mudable en la existencia histórica o positiva del Derecho. Es notorio también que investigaciones modernas han puesto de relieve particular este elemento,

pueden concebirse las normas al margen de la sociedad a la que se dirigen, porque las normas y quienes las crean han de tener en cuenta la realidad ontológica sobre la que operan, el "*real ser de la cosa*", y porque de no hacerlo así conducen a resultados absurdos, inútiles y hasta contraproducentes con el fin para el que nacieron y fueron creadas.

Tales son, resumidamente, los postulados de Del Vecchio que afectan al tema que nos ocupa. En cuanto a la existencia de supuestos ordenamientos positivos, contrarios a los derechos esenciales de la persona, la postura de este autor será clara¹³⁵: sostiene la legitimidad

demostrando las necesarias conexiones del fenómeno jurídico con otros fenómenos de la vida social. Sobre esto insistió por ejemplo, el gran jurista José Kohler (del cual me honro haber sido discípulo), en varios de sus trabajos, entre los cuales bastará recordar aquel que tiene el significativo título de *El Derecho como fenómeno de cultura* (...) Y citaba como ejemplo el Derecho romano, el Derecho islámico y el Derecho indiano, cada uno de los cuales no se puede comprender sino con referencia al carácter y al espíritu propios de la sociedad en las cuales respectivamente surgieron y florecieron". En FERNÁNDEZ GALIANO, A., *op. cit.*, págs. 254 y 255.

¹³⁵"...Bien lo sabemos: cierto ordenamiento jurídico hubo siempre desde que existió vida humana, porque (¿es necesario repetirlo?) el hombre es esencialmente social y no puede haber sociedad sin Derecho. Pero esto no significa que a nuestra mente le sea dado solamente inclinarse y obedecer pasivamente, en cualquier caso, las órdenes del poder social preponderante. El que esto afirma desconoce no sólo la autonomía propia de la conciencia humana, sino también el hecho que el propio derecho positivo requiere de los súbditos y, especialmente, a los magistrados, una cooperación activa y no meramente pasiva, para la real eficiencia de sus instituciones. Sin la cual las mismas instituciones se agotarían y decaerían como entristece y muere una planta a la cual se priva de la linfa vital. Donde, pues, en extrema hipótesis, las normas positivas son tales que no consienten a los magistrados administrar, y a los ciudadanos obtener, por lo menos, una cierta justicia que respete y tutele los derechos esenciales de la persona, es deber del magistrado de recta conciencia renunciar al cargo, y es lícita, sino al particular, a la parte sana del pueblo, una oposición a la autoridad que usurpa el poder, para sustituir por un nuevo orden el que es más bien

de la oposición a la norma injusta y de su desobediencia, como ya se abordó en el capítulo tercero de la mano de Santo Tomás y Benedicto XVI, entre muchos otros.

Para concluir este apartado proceda una postrera alusión a los problemas siempre nuevos a los que se enfrenta la actividad judicial. En palabras de Del Vecchio¹³⁶:

“...La misma actividad judicial, que también tiene una base aparentemente fija en el *ius conditum*, da lugar, como es sabido, a problemas siempre nuevos. A través de sus continuas vicisitudes, el derecho se reafirma de este modo, sin pausa, igual y diverso, como el sol, según las palabras de Horacio, renace cada día “*aliusque et idem*”.

Otro y el mismo. Adaptándose a las necesidades de los pueblos, permanentemente en evolución como los pueblos mismos. Ahí aparece de nuevo y tendrá cabida siempre, la teoría de la naturaleza de la cosa.

negación que afirmación de la justicia.” En DEL VECCHIO, G., *op. cit.*, pág.16.

¹³⁶ DEL VECCHIO, G., *op. cit.*, págs.17 y 18.

5. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LA COSA EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

Será en la segunda mitad del siglo XX donde tendrá lugar el debate postrero sobre la posibilidad o no de la propia teoría de la naturaleza de la cosa. Particularmente, se celebró en Toulouse un Coloquio de Filosofía del Derecho Comparado, del 16 al 21 de septiembre de 1964, organizado por la Facultad de Derecho y de ciencias Económicas de Toulouse y la Asociación Internacional de Derecho Comparado, con el concurso de la Facultad Internacional de Derecho Comparado, para abordar el tema: "*Droit et nature des choses*", "Derecho y naturaleza de las cosas", al respecto del cual el profesor Francisco de Paula Puy Muñoz redacta¹³⁷, en sus propias palabras, "...una nota crítica de los principales puntos de vista sostenidos". Así, señala los diferentes puntos de vista en que los diversos autores abordaron el tema.

Enfoca primeramente el profesor Puy Muñoz las perspectivas "lógicas" que contemplan la teoría de la naturaleza de la cosa, con pensadores como W. Maihofer y la jurisprudencia de conceptos, para la cual la naturaleza de la cosa viene a ser el conjunto de condiciones lógicas que determinan el sistema jurídico, esto es, la fuerza lógica de los conceptos (científicos) jurídicos (positivodogmáticos); Adolf Reinach, que concibe la naturaleza de la cosa como el conjunto de leyes apriorísticas que constituyen el soporte a base del derecho, y Jean Louis Gardies, para el que el derecho es, desde un punto de vista lógico, un sistema de reglas deducidas de un principio o principios arbitrariamente elegidos, hipotéticos, y la apelación a la naturaleza de la cosa no puede ser un acudir a tales principios materiales, siempre

¹³⁷PUY MUÑOZ, F. de P., "El derecho y la naturaleza de las cosas", *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1966, págs. 76 a 93.

arbitrarios, sino que ha de ser apelación a la fuerza de la lógica formal con que se imponen supuestos determinados axiomas así como determinados postulados, concluyendo que “...la única naturaleza de las cosas que acredita la experiencia jurídica consiste en la naturaleza lógico-formal del sistema jurídico”¹³⁸.

Prosigue con las denominadas perspectivas “naturalistas” de la teoría, con sus antecedentes (tal y como señala W. Maihofer) en el pensamiento de la escuela histórica; concretamente, para Savigny, la naturaleza de la cosa es “el conjunto de condiciones prácticas que envuelven el destino del hombre: también, por ende, su destino jurídico”¹³⁹. La línea continúa con otros autores, tales como Ihering, Bobbio y L. Husson¹⁴⁰.

¹³⁸PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 76 a 79.

¹³⁹PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 80.

¹⁴⁰“... Ihering, para el cual la naturaleza de la cosa es el conjunto de elementos extrapositivos que constituyen la base del derecho, y en la actualidad halla su máximo eco en las doctrinas de tipo materialista. Bobbio recordaba que los juristas italianos tendieron a considerar la naturaleza de la cosa como una representación hecha por la conciencia humana de las relaciones jurídicas y las necesidades económicas. Y L. Husson hizo un fino análisis tendente a demostrar que, en una perspectiva sociológica, se puede entender por naturaleza de la cosa las exigencias que el fenómeno social impone al jurista si quiere conocer el modo en que puede modificar ese mismo fenómeno social. Desarrollando esta idea, llegaba Husson a afirmar que la naturaleza de la cosa es así análisis estructural de los tipos bajo los que se puede presentar, en forma general, el hecho jurídico; puesto que el jurista, argumentaba, tiene la misión de dirigir el fenómeno social, y no puede hacerlo sin conocer su naturaleza, o sea, sus estructuras, se impone apelar a la naturaleza de las cosas. Corno puede apreciarse, se llega por este camino a dar otra respuesta digna de notarse al problema de los límites de la operatividad jurídica del hombre: los hechos, las estructuras, las leyes sociales, condicionan desde fuera, objetivamente, todo el fenómeno jurídico”. En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 80.

Otro autor enmarcado en las perspectivas “naturalistas” es I. Szabo, quien entiende la teoría de la naturaleza de la cosa como:

“...el reconocimiento de los condicionamientos que la estructura económico-social pone desde abajo a las superestructuras jurídicas. Según Szabo, la teoría socialista del derecho puede perfectamente reconocer la naturaleza de la cosa, entendida como el conocimiento sociológico de las estructuras sociales y el método de descubrir en qué momentos y estratos sociales surge el derecho. Así entendida, la naturaleza de la cosa equivale a las leyes económico-sociales del hecho jurídico, y apelar a la naturaleza de las cosas es invocar el conjunto de fenómenos sociales antitéticos, de cuya síntesis resulta el Derecho”¹⁴¹.

Así, tal y como enfoca Szabo la cuestión, serán las circunstancias y condicionamientos económico-sociales los que actuarán a modo de presupuestos determinando a posteriori y desde su base las superestructuras jurídicas, contemplándose desde esta perspectiva al derecho como un producto, una respuesta frente a tales fenómenos sociales antitéticos a los que define como la naturaleza de la cosa.

El profesor Puy expone¹⁴² las perspectivas “axiológicas” de la naturaleza de la cosa citando a pensadores como G. Marty, H. Batiffol

¹⁴¹PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 80 y 81.

¹⁴²“...es lo que quería decir G. Marty cuando la identificaba como una tercera vía entre el iusnaturalismo clásico y el positivismo legalista; o lo que el propio Batiffol decía de otra forma, al entenderla como tercera vía también entre los sociologismos y los logicismos jurídicos... Como ha ocurrido en toda la filosofía axiológica, aquí también se reflejan las dos direcciones en que se ha dividido: la ontológica y la culturalista. Esta última fue subrayada por L. Husson, señalando los dos puntos de vista diversos, aunque en

y L. Husson, que presentan la naturaleza de la cosa como criterio que aporta contenidos ético-materiales, así como datos de valor, para el mundo jurídico. Es aquí donde entrarían en juego los planteamientos lógicos que redireccionan la cuestión hacia el dualismo existente en la relación entre ser y deber ser, negando la posibilidad de extraer de la naturaleza de la cosa, de la realidad social, normas de deber ser, contenidos ético-materiales o valores, considerando inaceptable desde una perspectiva científica pretender inferir un argumento de deber ser a partir de la citada realidad de las cosas, esto es, de su ser real, como apuntaría G. Bastide¹⁴³.

Así considerada, la naturaleza, entendida como el ser de las cosas, la realidad ínsita en el ser de las mismas, se plantea como ajena

definitiva coincidentes, mantenidos sobre la naturaleza de las cosas por la antropología cultural y por el psicologismo. Desde el plano de la psicología, en efecto, el Derecho, decía Husson, es un producto de la voluntad social en cuanto se manifiesta a través de las emociones colectivas; ahora bien, la apelación a la naturaleza de la cosa es entonces llamada de atención a la escala de valores sustentados por la voluntad social como creación de su cultura. Por lo que se refiere al plano de la antropología cultural, el derecho es la cultura de un pueblo que deviene –por función, por difusión o por evolución– segunda naturaleza; la apelación a la naturaleza de la cosa significa entonces llamada a la cultura jurídica de un pueblo en sus tipos fundamentales”. En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 82 y 83.

¹⁴³“...la naturaleza no sirve como criterio jurídico porque naturaleza, vida e historia lo contienen todo y lo justifican todo; la naturaleza es amoral; las exigencias apriorísticas del *factum juris* no derivan de la naturaleza, sino de la conciencia (razón)... En conclusión, la naturaleza de la cosa es una totalización falsa por la que se identifica lo sociológicamente jurídico-moral con lo normal, y lo normal con lo natural; o sea, una totalización por la que sucesivamente se va identificando, en saltos ilógicos, lo que ocurre con frecuencia, con lo que ocurre normalmente, con lo que ocurre según norma, con lo que ocurre porque tiene que ocurrir, con lo que ocurre porque debe de ocurrir... En definitiva, viene a suponer la objeción de Bastide, la naturaleza de la cosa es el intento infructuoso de extraer el deber-ser del ser”. En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 84.

a condicionamiento moral de tipo alguno; la naturaleza es lo que es y el ser de la cosa sería amoral en sí mismo (el ser no es bueno ni malo, simplemente es), siendo inoperante el concepto de naturaleza de la cosa como fundamento de cualquier proposición jurídica (la cual constituiría siempre una proposición de deber ser, señalando un valor a alcanzar que no puede extraerse a partir de la realidad de las cosas, que simplemente son, ajenas en su realidad a valoración de tipo alguno).

Llegados a este punto de la cuestión, surge la pregunta de si es este un correcto enfoque del problema o está incompleto, esto es, si existe una separación *real* entre lo que una cosa *es* y lo que *se dice* de ella, o por el contrario nos enfrentamos simplemente al enfoque de la realidad, de una *única realidad*, desde diferentes perspectivas. Más aún, una realidad cuyo objeto de estudio lo constituyen seres humanos en evolución, sometidos al tiempo y a la historia y dotados de conciencia y libertad, que conforman una realidad propia de las ciencias humanas y diferente a la que constituye el objeto de estudio, por ejemplo, de las matemáticas. En el apartado cuarto del capítulo IV se retoman nuevamente, de la mano de Ernesto Garzón Valdés, los anteriores postulados que consideran inaceptable desde el punto de vista lógico utilizar la realidad como fuente de derecho, así como se plantean las nuevas perspectivas hermenéuticas entre la comprensión y la explicación, entre lo que es (ser) y lo que se dice (epistemología) del ser.

Aparte de cuanto antecede, serán las perspectivas “ontológicas” de la naturaleza de la cosa las que enfoquen el problema con una visión integradora, ya que la naturaleza está *viva*, es una realidad inacabada y su *movimiento*, encaminado hacia la plenitud de la misma y fruto de la existencia, no es algo ajeno a consideraciones morales, pues tiende hacia el bien mayor a que la naturaleza pueda aspirar,

hacia su sublimación, como se expone seguidamente de la mano del profesor Francisco Puy.

En primer lugar, plantea el profesor Puy las objeciones fundamentales que la doctrina española ha puesto a la teoría de la naturaleza de la cosa¹⁴⁴: ser una reformulación del iusnaturalismo de corte metafísico-panteísta que se ha quedado a medio camino de formular una fundamentación metafísica del derecho así como

¹⁴⁴“...Las dos objeciones fundamentales que la doctrina española le ha opuesto a la teoría de la naturaleza de la cosa revelan suficientemente de lo que se trata. E. Galán Gutiérrez le ha imputado el ser una nueva formulación del jusnaturalismo metafísico-panteísta, que parecía despertar a una fundamentación metafísica del derecho y, sin embargo, se ha quedado a mitad de camino. A. de Asís, el tratarse de una doctrina que subraya excesivamente el elemento "material" del derecho natural, olvidando la forma racional que lo especifica como tal derecho. Lo que ambas objeciones quieren decir es que la doctrina de la naturaleza de la cosa quiebra fundamentalmente por el hecho de que sus formulaciones tienen un concepto demasiado grosero, demasiado "material", de lo que es estrictamente la "naturaleza de las cosas". Tomemos, por ejemplo, la tesis de Poulantzas, que hemos resumido más arriba. Concibe la naturaleza como algo estrictamente físico: la naturaleza de las cosas, como sus condiciones y propiedades físicas; la del hombre, como su condición necesitante. La relación dialéctica entre ambos es una relación de causalidad. Pero tal relación olvida la fundamental tensión teleológica del ser en general y, por lo tanto, de toda naturaleza, la física y la ética, hacia el ser. Lo mismo ocurre con los axiólogos culturalistas. Entienden por naturaleza lo que es materialmente, físicamente, y deducen con acierto que no todo lo que es ha de tener que ser y mucho menos ha de deber ser. Pero es que el planteamiento es erróneo. La naturaleza es el principio del movimiento del ser que apetece ser más, más ser. El concepto de valor no es algo extraño al ser que cayera revoloteando sin saberse de dónde. El valor no es más que la dimensión trascendental del ser que se expresa como bien. El bien a que tiende el ser no es algo ajeno a sí en sentido ontológico. No lo puede ser. Es algo que está ya en él como posibilidad, como potencia y susceptible de convertirse en ser en el acto. Por eso es deber ser en potencia, quiere decir, ser, que debe ser de determinada forma para ser más plenamente”. En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 85 y 86.

subrayar demasiado el elemento material y olvidar la forma racional del derecho natural, que lo especifica como tal derecho; este supuesto planteamiento en exceso “materialista”, centrado en la naturaleza “grosera” y olvidándose de la esencia, enfoca el problema hacia lo que en el apartado séptimo del capítulo IV se trata con mayor profundidad con referencia al retorno a Aristóteles, recordándose que el ser tiende en potencia hacia su desarrollo pleno, que “apetece más ser” en plenitud, lo que también se aprecia en la naturaleza, donde asimismo se manifiesta la tensión teleológica hacia la finalidad ínsita en la misma, convirtiendo de tal manera, día a día, potencia en acto camino de su entelequia, que consistirá, de acuerdo con lo planteado en el capítulo II y en el capítulo VIII, en un iter que conduce hacia el punto evolutivo sublimador de toda la creación, en lo que Teilhard de Chardin denominó el Cristo Cósmico. Más adelante se profundiza en tales postulados, si bien es importante dejar claro que las propuestas de la naturaleza de la cosa han de realizarse al margen de cualquier consideración metafísica o iusnaturalista clásica (el iusnaturalismo ínsito en la naturaleza de la cosa no se fundamenta en principios superiores más allá de la vida, sino en la vida misma, en las relaciones de vida, como se expone en el apartado segundo del capítulo IV), aunque el convencimiento del autor de esta tesis sea que, si ciencia y teología caminan honesta y verazmente, conducirán al mismo punto.

A continuación, considérese la ley del movimiento ínsita en la naturaleza de la cosa, que conducirá tal y como señala Francisco Puy hacia el bien mayor al que la misma pueda aspirar alcanzar¹⁴⁵: la

¹⁴⁵“...Esto supuesto, conviene no dejarse engañar por la expresión “naturaleza de la cosa”, o “naturaleza de las cosas”. Se trata de una expresión metafórica, con la que se quiere dar a entender que observando atentamente las cosas, o sea, todos los elementos de las relaciones o relación en estudio, podemos hallar la ley de su movimiento. No la ley de cualquier movimiento, sino precisamente la de aquel movimiento que partiendo de un ser concluye

naturaleza rectamente entendida quiere decir el bien, conduce a un mejoramiento del propio ser y no lo contiene ni lo justifica todo. Estos postulados son fundamentales para la exposición que nos ocupa. Se comentó que, desde una perspectiva lógica, no se podrían extraer proposiciones de deber ser desde el ser, ya que el ser es ajeno a consideraciones morales. La naturaleza sería amoral, así concebida. Pero desde el enfoque arriba referenciado, dicho planteamiento sería desacertado ya que la naturaleza está en *movimiento*¹⁴⁶ hacia su perfeccionamiento; por ello, no se trata de una obra acabada sino que sigue “en camino” hacia su meta, “haciéndose”, dirigiéndose hacia el mejoramiento del propio ser, y en palabras del profesor Puy hacia “*el bien*”, un bien que se genera por el movimiento del ser “...a su incremento por una más amplia participación en el bien”; de tal forma, y como el propio Batiffol reclama, para concebir correctamente la naturaleza de la cosa ha de comprenderse *una unidad estructural entre valor y hecho, esto es, entre deber ser y ser.*

en un mejoramiento del propio ser, el principio de aquel movimiento que se dirige de los bienes de un ser a su incremento por una más amplia participación en el bien. Así es como se entiende la admonición de Batiffol de que no se puede concebir la naturaleza de la cosa si no se comprende una unidad estructural entre el hecho y el valor. Así se desvanece la objeción fundamental dirigida por el positivismo contra la doctrina de la naturaleza de la cosa en particular, y contra el iusnaturalismo en general. La naturaleza rectamente entendida comporta el valor, quiere decir el bien, y no lo contiene todo ni lo justifica todo. Se ha dicho que toda hipótesis iusnaturalista queda arruinada por la comprobación de que muchas cosas postuladas jurídicamente como exigidas por la naturaleza han cambiado. Como contestó acertadamente Batiffol, la conclusión correcta es totalmente la inversa. Es porque cambian las cosas, las circunstancias, las situaciones, etc., por lo que han de cambiar las leyes que quieren estar de acuerdo con la naturaleza de ellas”. En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 86 y 87.

¹⁴⁶“...la naturaleza –esencia física en cuanto principio del movimiento de un ser hacia su perfección en el ser– lleva en sí y por sí la exigencia de la individualidad (concreción) y del movimiento (existencia)”. En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 91 y 92.

El principio del movimiento generará que, como se indica, las circunstancias cambien, las sociedades evolucionen, y así también las leyes mismas deban evolucionar para concordar con la realidad en la naturaleza de la cosa. Todo ello sin olvidar que la “cosa” en cuestión dimana de la realidad social, compuesta de seres humanos, dotados de conciencia y libertad y autónomos, a los que un mismo estímulo no genera necesariamente una misma respuesta. Como Francisco Puy señala, con referencia a las mismas “cosas”¹⁴⁷, se habla de *naturaleza humana, estricto sensu*, y de toda naturaleza en tanto en cuanto su relación con la humana, *lato sensu*, y se plantea una concepción maximalista y una minimalista de naturaleza de la cosa. La

¹⁴⁷“... ¿qué cosas son aquellas cuya naturaleza expresa principios convertibles en reglas jurídicas? Es la naturaleza humana y, en cuanto que a ella referida, con ella conectada, o por ella subsumida, toda naturaleza. Maihofer rechaza con toda razón las conclusiones iusnaturalistas –pretendidas conclusiones– extraídas de visiones parciales, abstractas, de la naturaleza del hombre, y pide un análisis de los momentos concretos de la existencia humana, porque sabe que allí aparecerá la naturaleza humana en toda su plenitud de contenido y de posibilidades. (...) Según Villey, en efecto, se pueden rastrear en la historia del pensamiento filosófico-jurídico dos concepciones, que él denominaba maximalista y minimalista, de la naturaleza que sirve de soporte al derecho natural, y que se han reflejado perfectamente en las diversas manifestaciones de la doctrina de la naturaleza de la cosa. (...) la concepción minimalista de la naturaleza, que sigue una línea paralela de evolución junto a la maximalista, de la que supone reducciones y desvíos, ha identificado la naturaleza de la cosa con una naturaleza humana abstraída o sublimada en sólo una o alguna de sus posibilidades o momentos históricos, con exclusión, consciente o inconsciente, de las demás o los demás.

La protesta de Maihofer contra las diversas manifestaciones de este minimalismo (naturaleza de las cosas como razón lógica, como dato sociológico o económico, como valor ideal, etc., etc.) es perfectamente plausible, y es la protesta del propio derecho natural tradicional contra los derechos naturales racionales, ideales, formales, etc., o sea, contra los derechos naturales abstractos que cobraron predominio con el racionalismo...”. En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 90.

concepción maximalista, preconizada desde el pensamiento romano al tomismo y desde ahí a la Escuela Española del Derecho Natural, entiende la naturaleza de la cosa como “...la naturaleza humana y todo lo que ella implica en sus concreciones: particularmente, la naturaleza de las cosas sociales, y, por ende, la naturaleza de todas las cosas en cuanto se relacionan o relacionen con la actividad social del hombre”¹⁴⁸, más allá de la teoría minimalista que preconiza los denominados derechos naturales “abstractos”, dado su carácter idealizador que contempla una supuesta naturaleza humana abstraída o sublimada, ajena a la realidad vital evolutiva; desde la perspectiva del autor de esta tesis, será la concepción maximalista la que presente con mayor plenitud las posibilidades propias de la naturaleza humana en cada momento histórico y su concreción en la realidad social de la que forma parte en lo que cabe denominar naturaleza de la cosa.

¹⁴⁸PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 90.

IV. ACTUALIDAD DE LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA COSA

1. ¿UNA NOCIÓN OLVIDADA?

Llegados a este punto de la cuestión, cabe preguntarse si es la doctrina de la naturaleza de la cosa una noción olvidada. Quizá la mejor respuesta se obtenga al echar un vistazo a la realidad social cotidiana y sacar oportunas conclusiones; en las próximas páginas se citan varias noticias de actualidad al tiempo de la redacción de esta tesis que tienen como fuente periódicos de diferentes tendencias, a fin de obtener las oportunas conclusiones desde la perspectiva más objetiva posible.

La primera noticia aborda el tema del barrio de Gamonal, ubicado en la ciudad de Burgos, donde se pretendía realizar por parte del Ayuntamiento unas obras de remodelación que se enfrentaron a una gran oposición popular. Tras diversos altercados y protestas ciudadanas, que conllevaron incluso la detención e ingreso en prisión de algunos de los manifestantes, el Alcalde de Burgos anunció que las obras de Gamonal se paralizaban de forma definitiva y el Ayuntamiento tuvo que desistir de su proyecto¹⁴⁹.

¹⁴⁹Extracto de la noticia aparecida en el periódico *El Mundo*, versión digital, que puede consultarse íntegra a través de Internet en:

<http://www.elmundo.es/espana/2014/01/17/52d9745e268e3eb45b8b4578.html>

El alcalde de Burgos anuncia que las obras de Gamonal se paralizan de forma definitiva

EL MUNDO | *EUROPA PRESS Burgos*

Actualizado: 17/01/2014 20:50 horas

“...El alcalde de Burgos, Javier Lacalle, ha anunciado este viernes la paralización definitiva de las obras para transformar en bulevar la calle

De la misma fuente que la anterior procede la segunda noticia, que alude a la Comunidad de Madrid y las medidas tendentes a privatizar, por parte del Gobierno autonómico, seis hospitales de dicha Comunidad¹⁵⁰. Dicha medida genera, en propias palabras del

Vitoria del barrio de Gamonal por "imposibilidad" de continuar con el proyecto.

Así lo ha explicado en una rueda de prensa en la que ha defendido que "es mucho más importante la convivencia" de los vecinos que "60, 50 ó 40 obras", aunque ha advertido de que "el bulevar no ha sido el problema" de los disturbios producidos en el barrio, sino "la excusa".

En su comparecencia, el alcalde estuvo arropado por todo el equipo de gobierno *popular* y el presidente de la Diputación y el PP provincial, César Rico. Lacalle explicó que la decisión se ha adoptado para "apostar por la convivencia de la ciudad" ya que a su juicio es lo que "más beneficia" a la capital burgalesa.

Según ha relatado el regidor, las empresas encargadas de las obras han comunicado al Ayuntamiento que es "imposible ejecutar el proyecto en estas condiciones". Según ha asegurado, las compañías "han llegado a recibir presiones en sus propias sedes".

Tras este anuncio, Lacalle ha explicado, en declaraciones a La Sexta, que el lunes comenzará la adecentación de la calle, que se encuentra parcialmente levantada por el inicio de los trabajos para el bulevar, para devolverla a su estado inicial. "A partir del lunes se cerrarán las obras, confiamos en que desaparezca la tensión", ha afirmado.

Este anuncio de Lacalle se ha producido tan sólo horas después del Pleno del Ayuntamiento en el que, con los votos del PP, se había decidido continuar con las polémicas obras de Gamonal.

El alcalde ha agregado que los tres grupos de la oposición -PSOE UPyD e IU- le habían comunicado que no estaban dispuestos a participar en una mesa negociadora. Ha añadido que a esto se ha sumado que los representantes de la asamblea vecinal han subrayado al término del Pleno su decisión de no participar tampoco en ninguna negociación que no partiera de la paralización total y definitiva de la obra.

Durante la rueda de prensa, el alcalde ha reconocido que ha pasado una semana "muy dura" pero ha asegurado que no se ha planteado la dimisión en ningún momento..."

¹⁵⁰Extracto de la noticia aparecida en el periódico el Mundo, versión digital, que puede consultarse a través de Internet en:

<http://www.elmundo.es/madrid/2014/01/28/52e6e8bc22601d7d3c8b457c.html>

Un 'Gamonal' sanitario

MARTA BELVER *Madrid*

Actualizado: 28/01/2014 08:58 horas

Si algo ha logrado el amago de privatización del Gobierno regional ha sido crear un frente común contra su política sanitaria. Los médicos, poco dados a manifestar públicamente su malestar, han liderado un ecléctico movimiento ciudadano que ha aglutinado tanto a trabajadores del sector como a pacientes, organizaciones sociales, sindicatos y partidos políticos con un mismo y único objetivo: paralizar el proceso.

Inspirada en las protestas contra los recortes en la educación pública, que hicieron del color verde su seña de identidad, la 'marea blanca' se originó de forma espontánea a finales de 2012 entre camillas y fonendoscopios. El epicentro se situó en el anuncio del presidente autonómico, Ignacio González, el 31 de octubre, de que se privatizaría la gestión de seis hospitales públicos y 27 centros de salud dentro de un plan de ahorro de 533 millones de euros.

Los primeros en reaccionar fueron los trabajadores de La Princesa, donde se había proyectado la instalación de un geriátrico especializado en la atención a personas de más de 75 años. Era otra de las medidas de la Consejería de Sanidad para paliar los efectos de un presupuesto diezmado. Desde los jefes de servicio hasta los auxiliares de enfermería se revolviaron contra esta iniciativa, comenzaron un encierro protesta que se prolongó durante varias semanas, sumaron a su causa a los vecinos del barrio de Salamanca y, finalmente, lograron que Javier Fernández-Lasquetty desistiera de su empeño.

Extensión de la protesta

Pero la 'marea blanca' ya había comenzado a subir y, sin necesidad de que nadie la encauzara, se extendió con rapidez por toda la región. El 'oleaje' sanitario adquirió especial fuerza en los hospitales que se iban a sacar a concurso, seis de los siete que prometió Esperanza Aguirre en la campaña electoral de 2003: el Infanta Leonor (Vallecas), Infanta Sofía (San Sebastián de los Reyes), Infanta Cristina (Parla), Henares (Coslada), Sureste (Arganda del Rey) y Tajo (Aranjuez).

Aunque no les afectaba directamente esta «externalización de la gestión», como se denominó en la Puerta del Sol al proceso para evitar la palabra privatización, los centros tradicionales se sumaron al rechazo.

artículo, una suerte de “Gamonal sanitario” que aglutina en un frente común a médicos, trabajadores del sector sanitario, pacientes, organizaciones sociales y partidos políticos con el objetivo de paralizar el proceso de externalización de la gestión sanitaria. Sin

Durante meses, en las salas de espera de hospitales y ambulatorios fue más habitual ver carteles de «Se Vende» que, por ejemplo, de la campaña de vacunación de la gripe.

Se encadenaron cinco semanas seguidas de huelga (todos los martes, miércoles y jueves) cuyo seguimiento trató de minimizar la Comunidad de Madrid, pero que aplazaron 50.000 consultas y 6.500 operaciones.

El tercer domingo de cada mes las calles de la capital se tiñeron de blanco protesta, con familias al completo desgañitándose en favor del sistema público.

Aun así, el proceso siguió adelante sin que durante mucho tiempo se mostraran las cifras que supuestamente avalaban el ahorro.

Concurso

Al concurso de los hospitales se presentaron sólo tres empresas. Sin tener un don especial para la suspicacia, lo más llamativo de las ofertas fue que cada una de ellas pujó por centros diferentes. No encontraron ninguna competencia. Así que la adjudicación para la Administración autonómica no fue precisamente un 'sudoku'.

Para entonces la oposición a la privatización ya había empezado a enmarañarse en los tribunales, donde se han llegado a acumular más de una decena de causas abiertas.

Los más activos en el terreno legal han sido los miembros de la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (Afem), una organización médica sin vínculos políticos a la que el Gobierno regional ha tratado de desacreditar poniéndole la etiqueta de «sindicato». Suyo es el recurso que propició la paralización cautelar del proceso el pasado mes de septiembre y que, a la postre, ha terminado por hacer de ella una medida inaplicable.

Ahora queda pendiente el futuro de los 27 centros de salud (el 10% del total) a los que la Consejería de Sanidad tenía previsto extender también el modelo de gestión indirecta. Aunque la versión oficial era que se seguía trabajando en ello, la oficiosa apuntaba a un plan en 'stand by' a la espera de la decisión de la Justicia sobre los seis hospitales. Si finalmente se retoma la idea, lo más probable es que tenga que enfrentarse a una marea blanca, una suerte de Gamonal a la madrileña, más convencida que nunca de su fuerza.

entrar en consideraciones políticas ajenas al objetivo de esta tesis, lo interesante para el tema que nos ocupa es, como se indica al final de dicha noticia, que el citado “Gamonal a la madrileña” aglutina a personas y grupos sociales de muy diversa índole más convencidos que nunca de su fuerza.

Al respecto, serán los propios Jueces y Tribunales, como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quienes resolverán en línea con dicha voluntad popular, con la realidad social así manifestada, como se recoge en el extracto de la noticia aparecida en ABC¹⁵¹ que se

¹⁵¹Extracto de la noticia aparecida en abc.es, que puede consultarse a través de Internet en: <http://www.abc.es/madrid/20140127/abci-tsjm-sanidad-201401271454.html>

El TSJM mantiene la suspensión de la privatización sanitaria

Día 27/01/2014 - 17.10h

La decisión pretende evitar «perjuicios de imposible reparación» en los centros que la Comunidad pretende «externalizar».

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) ha resuelto mantener la medida cautelar de suspensión de la denominada externalización sanitaria madrileña para evitar «perjuicios de imposible reparación», ya que a su juicio «afectaría también al interés público y a la propia economía y Hacienda Pública de la Comunidad de Madrid».

Así consta en un auto, al que tuvo acceso Ep, en el que la Sección Tercera acuerda desestimar un recurso de reposición presentado por la Comunidad de Madrid y las empresas adjudicatarias contra el auto de 11 de septiembre de abril de 2013 por el que la misma Sección, a petición de la asociación médica AFEM, acordó paralizar la ejecución de la citada resolución. La Sección se ha pronunciado así tras el Pleno de la Sala que acordó devolver a las secciones Tercera y Octava los recursos que tienen por objeto la impugnación de la resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

Por la misma se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado «Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los Hospitales Universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, Del Henares, Del Sureste y del Tajo».

referencia. Aquí, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve

En el auto, los magistrados argumentan que los cálculos de ahorro de la Comunidad son «meramente estimativos e hipotéticos que pueden no responder después a la realidad». Y añade que los perjuicios si la resolución impugnada se ejecutara y luego anulara «afectaría también al interés público y a la propia economía y Hacienda Pública de la Comunidad de Madrid». Y esgrimen también que el interés público exige «proceder con cautela para evitarle los graves e irreparables daños que se producirían en caso de que la resolución administrativa se ejecutara y después tuviera que anularse».

Asimismo, los magistrados niegan que la decisión de suspender el proceso suponga «un desapoderamiento al Gobierno de la Comunidad de Madrid de su competencia para aplicar en su ámbito territorial su política sanitaria y de implementar en unos concretos centros hospitalarios un determinado modelo de gestión».

Por otro lado, los magistrados que integran la Sección Tercera han declarado también la suspensión del proceso de externalización sanitaria, en otros dos recursos contenciosos, en esta ocasión a solicitud de la asociación médica AMYTS. En los autos, se acuerda acceder a la medida cautelar solicitada por AMYTS y, por tanto, se acuerda la suspensión del proceso. Contra estos autos, cabe recurso de reposición en el plazo de cinco días una vez notificada la resolución. En uno de los autos, la Sala considera que, «sin verter consideraciones sobre el nuevo modelo», «la modificación del sistema de gestión en la atención sanitaria especializada de seis hospitales es de unas dimensiones cuantitativas extraordinarias».

En su opinión, esa circunstancia «haría muy difícil, sino imposible, en caso de que no se accediera a la medida cautelar de suspensión, volver a la situación anterior». «La no adopción de la medida solicitada haría que el recurso pudiera perder su finalidad, creándose situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos», agrega el fallo.

En esta situación, la Sala entiende que «procede acceder a la medida cautelar de suspensión, lo que tan solo supone mantener la situación existente hasta la fecha y que la prestación sanitaria se siga prestando provisionalmente en la misma forma en la que se hace». La Sección Tercera considera, en todos los casos, que dadas las circunstancias que concurren y que pormenorizadamente se exponen en las tres resoluciones, de no aceptarse la petición de medida cautelar de suspensión se podrían producir perjuicios de difícil o imposible reparación (...).

mantener la suspensión cautelar del denominado proceso de externalización sanitaria madrileña para evitar "*perjuicios de imposible reparación*". Y si bien los Magistrados niegan que la decisión de suspender el proceso suponga "*un desapoderamiento al Gobierno de la Comunidad de Madrid de su competencia para aplicar en su ámbito territorial su política sanitaria*", el Consejero de Sanidad de Madrid dimite tras la paralización de la privatización de los hospitales, como se detalla en la siguiente noticia que se refiere. En esta destacan por su relevancia las palabras del exconsejero¹⁵² al indicar que dimite "*por*

¹⁵²Extracto de noticia en rtve.es, que puede consultarse a través de Internet en:

<http://www.rtve.es/noticias/20140127/consejero-sanidad-madrid-dimite-tras-paralizacion-privatizacion-hospitales/862501.shtml>

El consejero de Sanidad de Madrid dimite tras la paralización de la privatización de los hospitales

RTVE.es / AGENCIAS - MADRID 27.01.2014

"El consejero madrileño de Sanidad, Javier Fernández-Lasquetty, ha presentado este lunes su dimisión del cargo, según ha anunciado el presidente de la Comunidad de Madrid, Ignacio González, quien ha paralizado la privatización de la gestión de seis hospitales de Madrid, poco después de conocerse la decisión del TSJM de mantener la suspensión cautelar del proceso de externalización.

El actual portavoz de Sanidad del PP en la Asamblea de Madrid, Javier Rodríguez, ha sido nombrado su sustituto, y tomará posesión de su cargo como consejero este martes en la Real Casa de Correos.

La noticia se ha hecho pública en una rueda de prensa en la que han comparecido el presidente madrileño y el propio Fernández-Lasquetty, quien ha afirmado que la decisión de dejar sin efecto el proceso de externalización sanitaria es "lo que más conviene a la sanidad madrileña", y ha explicado que ha decidido dejar el cargo "por rectitud y sentido de la responsabilidad".

Dimite después de casi tres años al frente de la Consejería de Sanidad, cargo en el que sustituyó al también dimitido Juan José Güemes, si bien Fernández-Lasquetty mantendrá su acta de diputado en el parlamento regional.

"Yo fui quien propuso este proyecto"

rectitud y sentido de la responsabilidad", tras conocer la resolución del Tribunal antedicha. Como representante del pueblo y persona con sentido de conciencia, se entiende el planteamiento del exconsejero al sentirse desautorizado cuando la sociedad y los Tribunales indican que se camina por una línea contraria al sentir común social. Por su parte, los Tribunales lo único que hacen es seguir los criterios que dimanan de la realidad social al tiempo de la aplicación efectiva de las normas; tal y como se indica en el siguiente artículo periodístico¹⁵³,

"He decidido dejar el cargo de consejero porque yo fui quien propuso este proyecto, lo puse en marcha y las circunstancias lo han hecho imposible", ha afirmado el ya exconsejero.

"Me marché por rectitud y sentido de la responsabilidad", ha aseverado Lasquetty, quien ha afirmado que su sucesor "va a ser un magnífico consejero" porque "conoce a la perfección el sistema sanitario de la Comunidad" y conoce perfectamente la política sanitaria".

En su intervención, ha valorado que "es bueno asumir la responsabilidad de no haber logrado hacer lo que uno se propuso hacer y mucho más cuando ese propósito ha motivado un grado tan alto de debate..."

¹⁵³Extracto de noticia aparecida en EIPaís.com, que puede consultarse a través de Internet en:

http://politica.elpais.com/politica/2014/02/01/actualidad/1391278338_293249.html

Los jueces exprimen la ley para mitigar los daños de la crisis

"La ley se interpreta según la realidad social. No es solo lo que está pasando, sino que es lo que estipula el Código Civil español. Los jueces, algunos jueces, están marcando los límites a determinadas políticas y abusos. Están señalando un camino y fijando guías para este tiempo de crisis económica y social con la justicia, y la ley, como la última frontera. "Hay un margen para la interpretación y la búsqueda de mecanismos", afirman varios jueces.

Los desahucios, las preferentes, los indultos, las privatizaciones, los recortes y la corrupción son algunos de los temas concretos en los que jueces y magistrados han señalado los límites que nadie puede sobrepasar... Los jueces no hacemos política sino un control de la legalidad sobre la política", explica el decano de Madrid, José Luis González Armengol. Y el efecto de ese control ha sido, por ejemplo, la renuncia a la privatización de la sanidad madrileña. Miles de personas salieron a la calle repetidas veces en la llamada

marea blanca, reclamando al Gobierno autonómico que diera marcha atrás en su intención, pero no fue hasta que llegó la suspensión cautelar del proceso en los tribunales cuando políticamente se desistió.

Igual de multitudinarias y más extendidas fueron las protestas por los desahucios. Y mientras en el Parlamento, y sin consenso, se debatía la modificación de medidas que contribuyeran a paliar el drama que estaba dejando a cientos de personas en la calle, los jueces volvieron a adelantarse. Comenzó un movimiento entre la judicatura para tratar de frenarlo y, finalmente, fue José María Fernández Seijo, un juez de Barcelona, el que planteó, y ganó, en la Unión Europea el caso de un desahuciado que pidió amparo por entender que los términos de su préstamo bancario eran abusivos. Su camino no fue nimio. Europa acabó dándole la razón porque la ley española no era acorde a la normativa comunitaria sobre protección de derechos del consumidor. “En aquellos aspectos en los que los Gobiernos tardan, el juez, modificando parámetros de interpretación, se acerca más a la sociedad”, resume Fernández Seijo.

El juez decano de Valencia, Pedro Viguer, ya señaló entonces cómo la política se había visto sobrepasada por la ciudadanía. Ahora, sostiene que “la justicia está en una encrucijada crucial para demostrar si funciona como es exigible en tiempos complicados”. “Es justo ahora cuando tenemos más trabajo y más que demostrar”, ratifica.

También fueron los jueces quienes primero anularon la compra de participaciones preferentes, devolviendo los ahorros de toda una vida a ciudadanos que firmaron sin información o por ignorancia. Y quienes han dictado que la estabilidad presupuestaria y los recortes no pueden realizarse saltándose la norma, como ha ocurrido en Castilla-La Mancha, donde se ha sentenciado la obligación de admitir a 500 interinos. “No somos nosotros quienes decidimos si hay que echar o no a funcionarios sino si el proceso mediante el que se ha hecho se ajusta a la realidad”, insiste Armengol.

“Hacemos nuestro trabajo”, repiten los jueces sin querer dar importancia a la ventaja que el poder judicial está tomado al legislativo en muchos de los temas que afectan y sufren los ciudadanos.

En otros casos ha sido un tribunal, como el Supremo, que se atrevió a reaccionar ante el indulto a un conductor kamikaze, pese a que la medida de gracia es, por ley, totalmente arbitraria y está en manos del Gobierno. Se buscó el error de forma para poner al Ejecutivo en un brete, igual que otros magistrados escudriñaron subterfugios legales para resolver con visión social.

el artículo 3.1 del código civil vigente preceptúa como criterio de interpretación legal que los jueces interpretarán la Ley de acuerdo con la realidad social al tiempo en que las normas deban aplicarse. No se trata de una injerencia del poder judicial en el ejecutivo, sino de *“control de la legalidad sobre la política”*, como señala en el artículo referenciado el Juez Decano de Madrid. Como también se indica en el mismo, apuntado por diversos jueces, *“hay un margen para la interpretación y la búsqueda de mecanismos”*. En ese margen se abre una puerta a la teoría de la naturaleza de la cosa, con el fin (en el caso que nos ocupa, esto es, la crisis económica por la que atraviesa la sociedad española) de mitigar el grave perjuicio que tal situación socioeconómica ha producido y continúa generando en la sociedad.

Para subrayar la importancia de cuanto antecede, en el artículo que se refiere a continuación¹⁵⁴ el propio Presidente del Tribunal

¿Se están acercando los jueces a la sociedad o es la sociedad la que se acerca más a ellos? Son muchos los que piensan que han convergido ambos. “Yo soy prudente a la hora de atribuirnos méritos. Lo que sí sucede es que los jueces somos cada vez más accesibles y la mayoría de nosotros tiene la puerta abierta”, expone Alfonso González-Guija, juez decano de Bilbao. “La crisis ha provocado situaciones tan dramáticas que los ciudadanos acuden a quienes pueden y los políticos son más distantes”, apunta.

“La sociedad empieza a ver en los jueces su último recurso”, plantea Lourdes Menéndez, titular de un juzgado de instancia de Madrid que apeló a los derechos de los menores para evitar un desahucio de una familia. “Los ciudadanos nos ven ahora, por primera vez, más como muro de contención ante una crisis que les arrasa. Nosotros resolvemos los casos que nos llegan, no somos quienes escogemos la realidad que se nos deja encima de la mesa”, añade...”

¹⁵⁴Extracto de noticia en el IdealGallego.com, que puede consultarse íntegra a través de Internet en:

<http://www.elidealgalego.com/articulo/coruna/cadenas-llama-a-los-jueces-a-atender-a-la-realidad-social-a-la-hora-de-aplicar-la-ley/2013041101141-7122280.html>

Cadenas llama a los jueces a atender a la realidad social a la hora de aplicar la ley:

Superior de Xusticia de Galicia, Miguel Ángel Cadenas, anima a los Jueces a orientar su criterio hacia la realidad social a la hora de aplicar la ley, una realidad social que calificó como de “*situación económica y social especialmente delicada*”, instándoles a “*tener muy en cuenta el contexto y los intereses en juego a la hora de dictar resoluciones*”.

Será en esta realidad social donde se ponga de manifiesto la naturaleza de la cosa. Se comentó en el apartado cuarto del capítulo III que posteriormente se retomaría el concepto de Radbruch de Naturaleza de la cosa entendida como “preformas de la reglamentación jurídica”. Al aludir a dichas preformas, por tales se alude a los hábitos, a las costumbres, a las tradiciones y a las normas sociales propias de un pueblo, realidades fundamentales a tener en cuenta a la hora de legislar so pena de producir traumas sociales o normativas carentes de la efectiva vigencia social que debería corresponderles¹⁵⁵.

“Bajo la premisa de que “las situaciones de desamparo y las fracturas sociales por razones laborales y económicas no pueden considerarse ajenas al derecho ni a los jueces que lo aplican”, el presidente del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Miguel Ángel Cadenas, emplazó ayer al cuerpo al que representa a tener muy en cuenta el contexto y “los intereses en juego” a la hora de dictar resoluciones.

Su llamada, dirigida a los 15 jóvenes que ayer juraban su cargo para incorporarse a sus plazas como juez de apoyo en distintos órganos de Galicia, se hacía extensible al resto de jueces y magistrados, y sus palabras, aun de forma velada, no omitían referencias a una realidad social que el magistrado calificó como “una situación económica y social especialmente delicada”.

“En un entorno general preocupante –proclamaba el máximo dirigente del TSXG durante el acto de bienvenida a los nuevos jueces–, la demanda de respuestas jurisdiccionales se incrementa, y estas se tornan más vitales y urgentes por los intereses en conflicto y las circunstancias que subyacen en las personas afectadas...”

¹⁵⁵“... Tema es este que con más frecuencia de la deseable olvida el legislador, cuando se lanza a realizar *reformas drásticas* imprimiendo *giros violentos* a la legislación, despreciando el dato de que los grupos sociales

Ante cuanto antecede, no se puede dudar de la vigencia y actualidad del tema que ocupa esta tesis, siendo procedente la duda razonable de si se ha dejado en el olvido la noción de naturaleza de la cosa en la regulación jurídica cotidiana, en las reformas que se aplican a las leyes. En este punto será importante tener en cuenta que nos hallamos inmersos en un proceso de mundialización tendente a, como se verá en el capítulo IX, reducir de forma drástica la capacidad de maniobra de los gobiernos, esto es, las posibilidades de los mismos para orientar su política de forma autónoma inmersos en lo que se ha denominado la *“única política económica posible”*. Así, aunque un gobierno de buena voluntad puede verse obligado a conducirse según los dictámenes que le marque la única tendencia económica posible a la hora de realizar su gestión pública, lo que es patente es hacia dónde conducirá una reglamentación al margen de las inercias propias de los grupos sociales a los que se legisla, esto es, hacia normas con vigencia técnica, pero no social, que no favorecen la finalidad que le es propia al derecho como objetivo prioritario, esto es, alcanzar la paz social que debe propiciar.

Al respecto y para concluir este apartado, es un fenómeno digno de análisis en relación con el tema que ocupa esta tesis el ascenso radical del partido político Podemos en las elecciones al Parlamento Europeo; tal y como se refiere en el último artículo de

poseen unas inercias de comportamiento que no pueden ni deben ser rotas de modo inmediato y radical. Evidentemente, el derecho ha de tratar de modificar las conductas sociales cuando sean improcedentes, pero *las reformas han de implantarse con una cierta mesura en el tiempo* para que la conciencia de los miembros del grupo vaya adecuándose paulatinamente a la nueva circunstancia y, por lo tanto, aceptándola. Una norma nueva que no cumpla esa cautela podrá tener vigencia técnica, pero *carecerá de vigencia social*, que no es otra cosa que el asenso y cumplimiento espontáneo y generalizado”. En FERNÁNDEZ GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 256.

prensa que se cita¹⁵⁶, en cuatro meses la formación política obtiene más de 1.200.000 votos (casi el 8% del total), se convierte en la cuarta fuerza política en España, con cinco escaños en el Parlamento Europeo y todo ello en un partido que se creó en enero de 2014 para presentarse a las elecciones de mayo de este año al antedicho Parlamento. El motivo de tal triunfo se achaca por el autor del artículo, Juanma Carretero, al éxito carismático de su líder, Pablo Iglesias, profesor de Ciencias Políticas de la Universidad Complutense, conjuntamente con el de un reducido grupo de colaboradores, que logró entrar y hacerse hueco en diversas tertulias políticas televisivas de diversas cadenas: Canal 24 Horas de TVE, La Sexta Noche o Las Mañanas de Cuatro, en las que, tal y como se indica en el artículo, *“... ha entablado fuertes discusiones y ha sacado de sus casillas a periodistas de la otra parte de la mesa como Paco Marhuenda, Alfonso Rojo o Eduardo Inda”*. La aparición en dichas cadenas televisivas tampoco ha sido casual, ya que como también se indica *“... desde 2010 presentaba su propia tertulia, La Tuerka en Tele K primero y en Canal 33 después y hoy en la web del diario Público, que compagina con Fort Apache en Hispan TV desde enero de 2013. También es muy activo en las redes sociales y su imagen se ha hecho casi una constante en la pequeña pantalla”*.

Aquí se evidencian dos de los factores que han contribuido al éxito mediático de la formación política y su líder: la publicidad recibida mediante los diversos medios de comunicación, conjuntamente con el uso de nuevas tecnologías como las redes sociales (como también se indica en el artículo, *“... Poco a poco ha ido sumando más seguidores al proyecto mediante “círculos” de debate y movilización que se han ido creando en decenas de localidades, en una tupida red de malla alimentada desde las redes sociales”*). En cuanto a la ideología

¹⁵⁶CARRETERO, J., “Los poderes de podemos”, diario *Información*, domingo 1 de junio de 2014, pág. 63.

política propugnada, Pablo Iglesias participaba activamente en el movimiento antiglobalización desde 2001, defendiendo "... *la desobediencia civil como forma de lucha. El 15 M y la convocatoria de Rodea al Congreso, le sirvieron de trampolín para saltar a la política activa. Dice que Podemos no es heredero del 15 M, pero sí es la opción que ha sabido recoger el descontento de los indignados*". Quizá en este punto es donde se evidencie la primerísima y mayor clave del éxito de la formación que lidera Iglesias: el descontento social, el alejamiento emotivo de los ciudadanos de la clase política y los estragos económicos y sociales provocados por la crisis económica, que Podemos ha sabido aprovechar y reivindicar.

Pablo Iglesias escribe el epílogo del libro de Jacobo Rivero *Conversación con Pablo Iglesias*¹⁵⁷ donde señala de su propia mano la síntesis de Podemos, mientras rememora conversaciones políticas mantenidas con su amigo Manolo Monereo:

"...Y a veces Manolo se eleva y deja frases que te marcan políticamente para siempre: "La crisis es el momento en el que la diferencia entre la audacia y la mediocridad es saber apelar a un pueblo y decirle: 'Estos son tus enemigos'".

Quizá esta frase de Manolo es la síntesis de la hipótesis Podemos. Pero Manolo no es de Podemos; es demasiado viejo para serlo y para abandonar su barco de siempre, aunque él sabe que para navegar hace falta anhelo de mar, como dice Juan Carlos Monedero, y también veleros ágiles y rápidos que puedan aprovechar los vientos de la crisis".

¹⁵⁷RIVERO, J., *Conversación con Pablo Iglesias*, ediciones Turpial, 1ª edición, 2014, págs. 140 y 141.

Pablo Iglesias ha sabido *“aprovechar los vientos de la crisis”* tal como el mismo indica, reclamando en nombre de la *“hipótesis Podemos”* lo que el sentir común del ciudadano de a pie, el que está sufriendo verdaderamente la crisis económica, viene pidiendo desde la calle: entre muchas otras cosas, un alto inmediato a la corrupción política, un ajuste en las condiciones laborales y sociales que rodean a los representantes políticos de los ciudadanos para acercarlos a las condiciones de la mayoría de los españoles y a las circunstancias actuales por las que atraviesa España, donde a fecha de hoy muchas personas pasan hambre.

Otra cuestión será que, como también indica Carretero en el artículo de prensa más atrás referenciado, *“... desde el PP, UPyD e incluso desde el PSOE se han lanzado en tromba a desprestigiar al nuevo partido y a su líder. Incluso el expresidente del Gobierno, Felipe González, ha mostrado su temor ante la ‘catástrofe’ que supondría para España y para Europa que prendan ‘alternativas bolivarianas influidas por algunas utopías regresivas’”*. Probablemente sea esta la otra cara de la moneda, que pudiera conducirnos hacia un gobierno totalitario de izquierda. Pero era previsible (basta con mirar hacia atrás, a la historia reciente de Europa y al encumbramiento del partido nacional socialista en Alemania con Hitler o muy recientemente a la nueva proliferación de movimientos de extrema derecha en Grecia, Francia...) que la situación de crisis actual por la que se atraviesa tuviera que producir una reacción. Porque los seres humanos tenemos derecho a vivir, pero *no sólo a sobrevivir, sino a vivir bien*. Y esto, por muy progresista que parezca, no es nuevo; lo proclamó en su día Santo Tomás como el derecho a la *gratia vivendi* que ha de procurarse a los ciudadanos por sus gobernantes¹⁵⁸.

¹⁵⁸Véase el apartado 7 del capítulo IV de esta tesis.

Si tales postulados no se cumplen, si por parte de quienes gobiernan, legislan o juzgan no se realiza de manera práctica el sentir común social, lejos de caminar hacia la paz social se avanza peligrosamente hacia transformaciones dramáticas reconducentes a un nuevo orden político, no sabemos de qué signo. Tomando el título de una conocida obra del genial Goya, *“El sueño de la razón produce monstruos”*. Sirva esta tesis para demandar de forma patente el enfoque racional y teleológico que en la actualidad, como ayer y más que nunca, debe presidir la labor de gobernantes, legisladores y jueces de acuerdo con la naturaleza de la cosa y sus postulados mientras aún se esté a tiempo de evitar males mayores y alcanzar así la paz social que el derecho debe propiciar.

2. EL MARCO CONCEPTUAL: LA SUPERACIÓN DEL POSITIVISMO Y DEL IUSNATURALISMO

De una u otra forma, sostener la existencia (y por ende, la vigencia) de un “derecho natural” implica el reconocimiento implícito o expreso de unas normas, de unos preceptos cuya esencia dimana de la divinidad, del ser humano o de la naturaleza. El así llamado derecho natural limitaría y sería la base del denominado derecho positivo, esto es, el formal y efectivo, el estrictamente legislado.

Frente a estos postulados, surge el positivismo. Citando a Kelsen¹⁵⁹, “*la validez de las normas jurídicas no depende de su contenido*” y el derecho podía regular cualquier conducta, esto es, cualquier conducta humana era, por sí misma, apta para convertirse en objeto de una norma. Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico, al margen de que su contenido pueda entrar en colisión con valores morales o de otro tipo. En esto consiste el positivismo puro. Una norma amoral puede ser válida si ha sido creada regularmente de acuerdo a los procedimientos vigentes a tal efecto. Como muy bien señaló Guillermo García-Valdecasas¹⁶⁰ con

¹⁵⁹KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Bs. As., traducción de Moisés Nilve, 12ª ed., 1999, págs. 135 y ss.

¹⁶⁰“Las normas jurídicas no se limitan a ser (...) entes ideales (...). Cuando se dice que el Derecho es orden normativo de la sociedad, se da a entender que realmente ordena la vida de la sociedad, o dicho con otras palabras, que está vigente en la sociedad. Las normas jurídicas, en efecto, son reglas de conducta reconocidas y observadas en la sociedad como normas jurídicamente obligatorias. Normas que nadie haya reconocido nunca o que solo sean reconocidas por algunos individuos, acaso como simple proyecto o aspiración de Derecho, no son verdaderas normas jurídicas”. En GARCÍA-VALDECASAS, G., “La positividad del derecho y la vertiente sociológica de la ciencia jurídica”, discurso de apertura, *Universidad de Granada, Curso 1971-1972, Secretariado de Publicaciones de la Universidad*, 1971, pág. 20.

referencia a la eficacia o validez sociológica del derecho y a la existencia de supuestas normativas que no encuentran vigencia en la sociedad a la que van dirigidas, el reconocimiento de las normas por los individuos a los que se dirigen éstas, así como la vigencia efectiva de un ordenamiento en la sociedad que conforman tales individuos son parámetros fundamentales para conceder a una norma el carácter de verdadera norma jurídica, por lo que la naturaleza de la cosa no puede coincidir con unos postulados radicalmente positivistas, al igual que tampoco coincidirá con un iusnaturalismo en sentido estricto, ya que como se expuso en el apartado 3.5 del capítulo III de esta tesis, el iusnaturalismo ínsito en la naturaleza de la cosa no busca su presupuesto último en un principio absolutamente supremo por encima de las relaciones de vida, sino *en el seno de esas relaciones*, en un orden inherente a las mismas, lo cual traía como consecuencia que la naturaleza de la cosa adopte la forma histórica de esas relaciones de convivencia en cada momento, siendo dinámica y actual.

3. ENEMIGOS DE LA DOCTRINA DE LA NATURALEZA DE LA COSA Y LÍMITES DE LA TEORÍA

3.1. Voluntarismo Jurídico

Ahora se trata de los “enemigos”, de la oposición a la doctrina de la naturaleza de la cosa comenzando por el voluntarismo jurídico. Tómese como ejemplo la figura y planteamientos del empirista inglés Thomas Hobbes. Citando a éste, el derecho es “para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto¹⁶¹”. Así, para un Hobbes inmerso en el pesimismo antropológico que hizo célebre la frase de Plauto *homo homini lupus*, que considera a sus semejantes como una amenaza, antes de la aparición del Estado, de la sociedad estable y sus gobernantes, sean éstos uno (monarquía) o un grupo, los hombres viven en un denominado “estado de naturaleza”, en una situación de potencial amenaza de unos hombres contra otros (*bellum omnium erga omnes*). Aquí hace su aparición el denominado “contrato social”, en que los ciudadanos ceden al Estado el derecho a autogobernarse, comprometiéndose el Estado a mantener la seguridad de los individuos. Desde esta perspectiva, la sociedad civil no es más que un medio para la satisfacción de las necesidades (egoístas) individuales, ya que para este autor “... el carácter más destacado de la psicología humana es un profundo egoísmo”¹⁶².

Según Hobbes la única Ley es la que dicta el Estado. Los conceptos de “justo” o “injusto” no tendrán sentido *sine praevia lege*; no hay injusticia donde previamente no hay ley. Por este motivo,

¹⁶¹HOBBS, T., *Leviatán*, capítulo XXVI, Universidad de Puerto Rico, 1968.

¹⁶²FERNÁNDEZ GALIANO, A., *op. cit.*, pág. 210.

Hobbes será considerado uno de los precursores del positivismo jurídico, donde es la autoridad de quien dicta la norma lo que justifica la obligatoriedad de la Ley, una ley considerada justa exclusivamente por su procedencia al margen de otras consideraciones. En esto consiste el voluntarismo jurídico. El Estado dicta la norma según su voluntad; será justo lo que se atenga a la misma sin entrar en consideraciones sobre el sentido de la justicia de las leyes. La norma jurídica, expresión de la voluntad del legislador, será obligatoria porque la ha dictado el Estado. Algo totalmente ajeno a la doctrina de la naturaleza de la cosa, que pretende la adecuación de las normas a las circunstancias dinámicas de la historia, a las necesidades que brotan del dinamismo de los pueblos y las relaciones de los individuos en un determinado momento histórico.

3.2. Legalismo y dogmatismo jurídico

Igualmente ajenos a los postulados de la naturaleza de la cosa son los propios del legalismo, considerado como “*el más fiero dogmatismo jurídico*”¹⁶³. Concepción estática y rígida, puede caracterizarse por¹⁶⁴:

- a) La preeminencia de la Ley como fuente del derecho.
- b) La voluntad del legislador como el único criterio para crear derecho positivo.

El dogmatismo jurídico, como el legalismo, plantean una tajante separación entre *creación* del derecho (la hace el legislador) y

¹⁶³FLORES, I. B., “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia del derecho”, en “La ciencia del derecho durante el siglo XX”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G: Estudios doctrinales*, nº 198, 1998, pág. 16.

¹⁶⁴FLORES, I. B., *op. cit.* pág. 18.

aplicación del derecho (la realiza el juez); concibe como términos sinónimos ley y derecho, todo ello en aras de alcanzar un valor jurídico considerado como decisivo y central, la “seguridad jurídica” (a saber, la supuesta certeza sobre a qué atenerse ante cada problema jurídico). Así, en aras de la seguridad y certeza jurídicas, el legalismo somete a la generalidad de las voluntades a la *voluntas* del legislador en exclusiva, que puede ser ajena a lo que en cada momento histórico demande como derecho positivo el dinamismo de los pueblos y sus circunstancias.

Ya se apuntaron en el apartado anterior de este capítulo los postulados de Guillermo García-Valdecasas¹⁶⁵ con referencia a la eficacia o validez sociológica del derecho y a la existencia de supuestas normativas que no encuentran vigencia en la sociedad a la que van dirigidas, considerándose por su parte y como se indicó que las “...Normas que nadie haya reconocido nunca o que solo sean reconocidas por algunos individuos, acaso como simple proyecto o aspiración de Derecho, no son verdaderas normas jurídicas”. De tal manera, y como muy bien se apercibió Ihering tras una primera época dogmática, el derecho es una realidad sociológica que requiere justificarse históricamente, que tiene una finalidad práctica y un trasfondo ético¹⁶⁶.

3.3. Los límites de la teoría en el marco de los Derechos Humanos

Considérense a continuación los límites de la teoría de la naturaleza de la cosa, ya que, como afirma Norberto Bobbio y se verá en el apartado sexto de este capítulo, la naturaleza de la cosa ha de

¹⁶⁵GARCÍA-VALDECASAS, G., *op. cit.*, pág. 20.

¹⁶⁶BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ-GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *op. cit.*, pág. 295.

reconocer sus propias limitaciones, no pretendiendo abrir todas las puertas. Así, como afirma el mismo Bobbio¹⁶⁷:

“En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad; han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad del régimen de la esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes; tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia”.

Abundando en el sentido de las palabras que anteceden Ernesto Garzón Valdés plantea la posibilidad de que la naturaleza de la cosa sea utilizada para sostener postulados tales como los que encumbraron al III Reich en Alemania¹⁶⁸. Como el mismo Garzón Valdés señala, tales visiones de la naturaleza de la cosa no hacen más que distorsionar, enfocar desde una perspectiva inversa y deformada lo que realmente persigue la doctrina de la naturaleza de la cosa, a saber un derecho natural de contenido sociológico, no abstracto sino

¹⁶⁷BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, versión de E. Garzón Valdés, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, págs. 74 y ss.

¹⁶⁸“En 1936, Hans-Helmut Dietze publica un libro titulado *El derecho natural del presente* que, a pesar de su escasa originalidad, merece ser citado porque es un buen ejemplo de hasta qué punto es posible inferir (...) toda una serie de principios y proposiciones que repugnarían a muchos de los partidarios de la idea de la naturaleza de la cosa y, sin duda alguna, a nuestra ideología democrática occidental. En efecto, Dietze fundamenta en la naturaleza de la cosa la “necesidad de un Ministerio de Propaganda” y el “principio de la infalibilidad del Führer”. Derecho es, según Dietze, “aquello que los hombres arios consideran que es derecho, no derecho (*Unrecht*) lo que ellos rechazan”; y “la misma sangre exige un mismo Reich”. En GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 43

concreto, vinculado a la realidad desde una perspectiva objetiva, que propicie el ajuste entre ordenamiento jurídico y sentir común social, lo que se manifestará, entre otras cosas, en la interpretación de las normas por jueces y tribunales de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas.

En su día, Emmanuel Kant formuló el imperativo categórico, concepto central en la ética kantiana que pretende ser un mandamiento autónomo y autosuficiente (al margen de cualquier planteamiento metafísico, religioso o ideológico) capaz de regir en todas sus manifestaciones el comportamiento humano¹⁶⁹. Pero puede ocurrir que el sentir común de los individuos que constituyen una nación se desvirtúe, se degenera hasta el punto de reclamar (o querer elevar a principio de rango legislativo), amparándose en la naturaleza de la cosa, posturas tales que defiendan por ejemplo el genocidio selectivo de otros individuos, por el hecho de que sean diferentes o no se encuadren en los patrones establecidos por su grupo.

Ante tales supuestos, ha de considerarse que el derecho no puede desvincularse de la realidad, y los grupos humanos regidos por el mismo ya no están aislados en la actualidad. Hoy, cuando coloquialmente se afirma que “no hay distancia” aludiendo a que se puede viajar de Madrid a Pekín en un vuelo de doce horas, cuando los informativos y la televisión nos muestran las noticias de lo que ocurre en la otra parte del mundo, diariamente y en tiempo real, cuando asimismo comienza a hablarse de “sociedad humana global” –en el capítulo IX se tratará el fenómeno denominado “mundialización– en la que los seres humanos vivimos en una colectividad mundial (si bien pertenezcamos a una nación determinada, que constituirá tan sólo una más en un conjunto de

¹⁶⁹“...Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal”. En KANT, E., *Crítica de la razón práctica*, Losada, 1961, pág. 37.

naciones), hoy en día, ha de tenerse en cuenta más que nunca la realidad social global a la hora de concretar el derecho en normativa, así como los derechos fundamentales que asisten y corresponden a los seres humanos por el hecho de serlo; no se tratará de contemplar la realidad desde planteamientos abstractos, ni de centrarse en la misma desde una perspectiva aislada, sino de alcanzar una visión de lo real que no pierda de vista el macro-fenómeno jurídico. En tal línea se manifestó Maihofer¹⁷⁰; entrarían aquí en juego los planteamientos referidos en el apartado 3.5 del capítulo III de esta tesis, al aludir al supuesto retorno del derecho natural en la naturaleza de la cosa. Como allí se apuntó, no se trata de un retorno al iusnaturalismo derivado de unos teóricos principios supremos y abstractos, ajenos al ser humano, sino que dimana del propio ser humano y de sus relaciones de vida. Ahí está la “cosa”. Dichas relaciones contienen un orden ínsito en las mismas, pero tal orden puede desvirtuarse,

¹⁷⁰“... ¿Por qué reducir las exigencias derivadas de la naturaleza de las cosas al contenido de una relación existencial tan concreta que comporte el peligro de perder de vista el macro-fenómeno jurídico?

Maihofer mismo lo dejó entrever. Hay que buscar así las exigencias de la naturaleza, porque cuando se las ha intentado encontrar de otro modo se ha llegado a afirmar cosas, por ejemplo, la esclavitud, que hoy nos parecen intolerables (...) El mismo puso de ejemplo lo ocurrido con la teoría del derecho natural, cuando el idealismo alemán entendió que naturaleza humana era naturaleza libre, libertad: acabó en un derecho natural abstracto, desvinculado, de la realidad (...) el mismo Maihofer, que niega que la operación de encontrar la regla en la situación existencial concreta tenga nada que ver con principios iusnaturalistas absolutos, introduce los dos principios fundamentales del iusnaturalismo en el momento culminante de su teoría, al concluir, como decíamos, que la selección de posibles normas halladas en el análisis existencial ha de hacerse según los criterios de conservar el equilibrio de los factores de la relación y de mantener el principio de reciprocidad. Esto es, simplemente, lo que el derecho natural tradicional señala como principio del *bonum faciendum*, *malum vitandum* y principio de la *regula aurea*.” En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 89 y 90.

“degenerarse”, y no sólo en un individuo, sino que tal degradación puede llegar a alcanzar a un grupo humano.

Asimismo, puede plantearse el caso de un grupo humano “primitivo”, en un estadio evolutivo tan atrasado o retrógrado que contemple en su particular ordenamiento jurídico preceptos que contravengan la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ese caso, se plantea la cuestión de si se considera que derivarán de la naturaleza de la cosa los postulados que puedan dimanar de las relaciones de vida de tales individuos. Caben dos respuestas a tal pregunta.

Habrá quien entienda que no, ya que la naturaleza tiende hacia su perfeccionamiento, hacia el bien mayor al que pueda aspirar en cuanto a tal y los planteamientos antedichos no conducen en esa dirección, pudiendo considerarse al respecto la premisa que en su día formulara Santo Tomás de Aquino, el cual niega cualquier realidad metafísica al mal al concebirlo como *ausencia de bien* o como privación (idea que procede del pensamiento de Plotino y que había sido recogida, con modificaciones, por San Agustín), particularmente en la Suma teológica (I, 1. 48)¹⁷¹. Por tanto, una supuesta naturaleza que tienda contra su entelequia se conduce contra su esencia, tiende hacia su autodestrucción y podrá considerarse, más que naturaleza, como ausencia de ésta al igual que el “mal” no sería sino la ausencia de “bien” desde una perspectiva tomista, la oscuridad constituiría la carencia de luz o el frío consistiría en la ausencia de calor. A semejanza de un cuerpo humano que yace inerte, privado del hálito vital; el ser humano que constituía, dotado de entendimiento y voluntad, ya no ocupa dicho cuerpo, al estar ausente la vida.

Pero si se entiende que efectivamente derivarían de la naturaleza de la cosa aquellos postulados antedichos, la “cosa” en

¹⁷¹SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sobre la eternidad del mundo, Suma contra los gentiles, Suma teológica* (2ª edición), Aguilar, 1981.

cuestión, esto es, las relaciones de vida humana que generasen normas contra natura, contra los derechos fundamentales inherentes a la especie, se entienden degeneradas o arcaicas por cuanto se explica a continuación:

La naturaleza (como se expuso en el apartado quinto del capítulo anterior) se conduce hacia un “mayor bien”, tiene “hambre de bien” y tiende hacia el bien mayor al que pueda aspirar según su entelequia. De tal manera, una naturaleza degenerada o primitiva, así como las relaciones que broten de la misma, no serán válidas para inspirar normativa alguna, ya que no se orientan (o lo hacen en un estadio obsoleto, fuera del macro-fenómeno jurídico) hacia lo que la naturaleza tiende, esto es, hacia su perfeccionamiento. Habrá de incardinarse la conducta o la propuesta normativa que se enjuicie conjuntamente con la realidad de los demás grupos humanos y normativas que conforman el macro-fenómeno jurídico aludido, abandonando la abstracción y encuadrando la actuación o normativa enjuiciada en el marco comparado de los derechos humanos (una presunta normativa que contravenga la Declaración Universal de Derechos Humanos carecerá de carácter normativo y de fuerza jurídica, y mucho menos podrá aspirar a dimanar en la actualidad de la naturaleza de la cosa por su carácter primitivo o degradado).

Maihofer postuló que la selección de posibles normas encontradas en el análisis existencial había de realizarse siguiendo los criterios de conservación del equilibrio de los factores de la relación, así como el del mantenimiento del principio de reciprocidad, lo cual, tal y como señala Francisco Puy, era lo que planteaba el derecho natural tradicional con el principio de *“haz el bien y evita el mal”* y la regla áurea: *“no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti* (regla que en el Evangelio¹⁷² Jesús formula desde una perspectiva

¹⁷²Evangelio según San Mateo, 7:12.

activa, no pasiva: “*haced a los demás lo que queráis que os hagan a vosotros*”).

Se concluirá, por tanto, que el derecho natural de contenido sociológico que brote de la naturaleza de la cosa lo hará desde una perspectiva *sana* de tal naturaleza, *no degenerada u obsoleta* y sin perder de vista el macro-fenómeno jurídico, lo que se manifestará en su respeto esencial a los derechos humanos. Así, ante un supuesto ordenamiento jurídico que pretenda dimanar de la naturaleza de la cosa y quiera justificar postulados tales como el genocidio racial, la respuesta será evidente: o tal norma no dimana de la naturaleza de la cosa, o bien, caso de admitirse que tuviera fundamento en las relaciones de vida de un determinado grupo social en un momento histórico concreto, lo haría partiendo de una naturaleza degradada u obsoleta por su primitivismo, no teniendo en la actualidad fuerza o valor jurídico tales postulados al contravenir las más elementales normas de derecho natural (*regula aurea* y principio del *bonum faciendum, malum vitandum*) así como, huyendo de la abstracción y sin perder de vista los postulados del macro-fenómeno jurídico, los postulados de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4. LAS NUEVAS PERSPECTIVAS HERMENÉUTICAS Y LA NATURALEZA DE LA COSA

Se apuntaba en el capítulo I, al tratar de las corrientes metodológicas que abordan el método científico, una nueva aproximación a la hermenéutica, la cual planteaba desde su interpretación tradicional la búsqueda del *verstehen*, la comprensión desde dentro más allá de la mera explicación racional. El profesor Juan Carlos Muínelo¹⁷³ presenta una revisión actualizada del concepto en el marco de las teorías contemporáneas de la justicia.

A la hora de buscar una definición para la hermenéutica, puede considerarse la misma el arte de la interpretación¹⁷⁴. Siguiendo al citado autor, el sujeto del conocimiento (en este caso el derecho), esto es, el *ser* del mismo, lo que realmente *es* dicha realidad, y lo que se *dice* sobre él, la manera que tenemos de acercarnos al conocimiento del mismo, no están escindidos.

¹⁷³GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUÍNELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*, UNED, 2006, pág. 199.

¹⁷⁴“... ser y decir (muy sintéticamente, y en este contexto lo ontológico y lo epistemológico) se dan íntimamente trabados: que lo que se dice remite a una realidad y que toda realidad, a la vez, sólo puede ser determinada, comprendida cuando es dicha... La hermenéutica pretende recuperar así la relación de lo dicho con el ser sin olvidar nunca que, aunque el ser no puede ser reducido al lenguaje, sólo puede ser comprendido en cuanto es dicho. Eso es lo que obliga a entender que la hermenéutica no es solamente una epistemología: no lo es, ya que tiene en cuenta tanto el ser en tanto que real como el ser en tanto que dicho, tanto el plano ontológico como epistemológico”. En GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUÍNELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit., op. cit.*, pág. 200.

Recapitulando conceptos:

- a) Epistemología: “lo que se dice sobre el ser”. La manera de abordarlo.
- b) Ontología: búsqueda del ser real de las cosas, “lo que realmente son”.
- c) Hermenéutica: desde esta concepción, se plantea que la *comprensión* (haciendo alusión a la ontología, la búsqueda del ser real de las cosas) y la *explicación* (aludiendo a epistemología, lo que se dice sobre el ser de las cosas), no están escindidas; es más, están *íntimamente trabadas*, pues lo que se dice remite a una realidad y toda realidad sólo puede ser comprendida cuando es dicha. Así, la hermenéutica refutaría tal escisión por inexistente, producto de visiones reduccionistas de tipo epistemológico u ontológico.

Desde una perspectiva hermenéutica así concebida, explicación y comprensión, *erklären* y *verstehen*, no solamente no determinan posturas antagónicas, sino que constituyen dos momentos, dos maneras de aproximación a una única realidad que es el ser de las cosas (véase lo apuntado en el capítulo segundo). La hermenéutica perseguiría *la unidad* entre los aspectos ontológicos y epistemológicos, entre la verdad y el método, entre la comprensión y la explicación¹⁷⁵. Más adelante se considerarán otras visiones reduccionistas, planteando la carencia de sentido de supuestas divisiones entre posiciones formales o materiales y deontológicas u ontológicas, en el retorno a la postura aristotélica fuertemente revalorizada en los

¹⁷⁵GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 206.

últimos decenios¹⁷⁶. En este apartado se centra la cuestión en la hermenéutica jurídica, que se opondrá a reducciones tales como las propugnadas por los antiformalistas de comienzos del siglo XX, minimizando la importancia de la Ley y concediendo al juez un arbitrio excesivo, así como a reducciones que pretendan convertir al juez en mero vocero o boca de la ley¹⁷⁷.

El juez interpreta, aplica su razón a las normas para adecuarlas al hecho que se enjuicia. Lo hace inserto en su cultura y en sus circunstancias¹⁷⁸. Y es en este punto donde se enlaza con la teoría de la naturaleza de la cosa bajo el amparo hermenéutico; usando la terminología de Ehrlich, ese “derecho vivo” de contenido sociológico, que no contradice al estatal y que contempla un modelo de jurista

¹⁷⁶GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 213.

¹⁷⁷“... la pretensión de reducir la tarea interpretativa del juez a la simple condición de “boca de la ley”, preconizada por los positivistas del XIX en nombre de la seguridad jurídica. Esto comporta, obviamente, una reducción del derecho a su sola consideración normativa (aún más, legal) que sólo deja margen para interpretar en los casos difíciles, como si en la inmensa mayoría de ellos no hubiese necesidad de otra cosa que de una mera subsunción lógica, casi maquinal, del caso (el hecho) en el tipo (la norma legal). En este caso, la realidad del derecho queda reducida a su sola consideración normativa, lo que supone asimilar derecho a norma; nada más opuesto a la aplicación como actualización, en el sentido hermenéutico”. En GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, págs. 208 y 209.

¹⁷⁸“... todos nos encontramos, desde el comienzo de nuestra existencia, inmersos en tradiciones y modos culturales [...] esta comprensión del ser histórico que somos, de nuestro aspecto ontológico, de una verdad en la que nos hallamos inmersos y que actualizamos permanentemente en tanto que sujetos históricos participantes en tradiciones, prejuicios, modos culturales, etc. No puede en ningún caso quedar reducida a sus solas consideraciones epistemológicas”. En GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 205.

(como se venía apuntando anteriormente) que no puede concebirse ajeno a la historia del derecho o a la sociología de un pueblo. Citando a Muínelo¹⁷⁹:

“...lo jurídico se expresa en textos, manifestaciones de un lenguaje fijado para su preservación en el tiempo y en el espacio [...] El ámbito de lo jurídico es abierto, se proyecta más allá de las situaciones concretas que lo vieron nacer conforme a una visión histórica particular. Y lo hace a través de la interpretación: el derecho se actualiza mediante ella. Ésta proviene de la necesidad, continuamente sentida, de particularizar situaciones definidas de modo general y abstracto y de hacerlo siempre conforme a las circunstancias de cada caso. En esta continua actualización adquiere el derecho su realidad”.

Desde estos planteamientos, vuelvan a contemplarse los postulados de Bastide y aquellos detractores de la teoría de la naturaleza de la cosa¹⁸⁰ que sostenían que científicamente era inaceptable, partiendo de la lógica, el argumento que pretendía inferir proposiciones de “deber ser” (valores) desde el “ser” (la realidad de las cosas), esto es, usar la realidad como fuente de derecho en el caso que nos ocupa. Pártase de la consideración del derecho, tal y como postulara Rudolf Stammler¹⁸¹, como normatividad positiva cuyo sentido y esencia radique en la formulación de un “deber ser”, esto es, en consistir en una

¹⁷⁹GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUÍNELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 208.

¹⁸⁰Véase el apartado quinto del capítulo III de esta tesis.

¹⁸¹STAMMLER, R., *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de la 2ª edición alemana por Wenceslao Roces, Editora nacional de México, 1980, pág. 123 y ss.

orden de validez que obliga a sus destinatarios de modo autárquico e imperativo. Los autores detractores de la teoría de la naturaleza de la cosa infieren, como señala el propio Garzón Valdés¹⁸², que se suma a estos postulados, que: “...El derecho seguirá siendo una ciencia normativa, y las ciencias empíricas del hombre, lo único que pueden hacer, que no es poco, es determinar el ámbito de lo posible y proporcionarnos los medios adecuados para lograr nuestros fines”.

La labor del jurista consistiría por ende en determinar lo que debe ser, no lo que es; en formular un juicio de valor sobre lo que debe ser, juicio que constituirá una proposición que no puede ser extraída del ser, esto es, de la realidad de las cosas¹⁸³. Desde esta perspectiva, citando a John J. Carswell Smart, “ninguna regla moral puede ser deducida puramente desde consideraciones científicas. La ciencia puede ser capaz de decirnos qué medios conducen a qué fines, pero no puede indicarnos cuáles son los fines que debemos perseguir¹⁸⁴”.

Pero cuestiónese aquí si serán, por ejemplo, los mismos fines los que le son propios a una palmera que los de una persona; si habrá de aplicarse la misma y rígida separación entre ser y deber ser, entre realidad y valor, cuando se analiza el comportamiento de una semilla que al proceder con el comportamiento humano; si se habla de iguales “cosas”. Evidentemente, no. Ya pudieron apreciarse precedentes a lo que aquí se sugiere en la obra de Radbruch¹⁸⁵ cuando propone “...reducir el rígido dualismo entre ser y deber ser, entre realidad

¹⁸²GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 66.

¹⁸³GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 65.

¹⁸⁴SMART, J. J. C., *Philosophy and Scientific Realism*, Routledge & Kegan Paul & New York, Humanities Press, 1963, pág. 155.

¹⁸⁵RADBRUCH, G., *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, 1963, pág. 63.

y valor". Y si bien a priori pudiera concederse veracidad a la afirmación de Bastide¹⁸⁶, cuando señala que la naturaleza es amoral (sin olvidar la objeción que opone a tal argumento Francisco Puy desde las perspectivas ontológicas de la naturaleza de la cosa, al indicar tal y como se vio en el apartado quinto del capítulo III que "...el bien al que tiende el ser no es algo ajeno a sí en sentido ontológico. No lo puede ser. Es algo que está ya en él como posibilidad, como potencia y susceptible de convertirse en ser en el acto¹⁸⁷", y que "...la naturaleza rectamente entendida comporta el valor, quiere decir el bien, y no lo contiene todo ni lo justifica todo¹⁸⁸"), la "cosa", en este caso el sentir común social de un grupo humano, la realidad social del mismo, no son ajenos (ni mucho menos) a la moralidad. Ni a la historia, porque el grupo está vivo, sometido al tiempo y a la evolución.

A cuanto antecede cabe añadir, como ya indicara Ferrajoli¹⁸⁹ al respecto de la relación entre derecho y lógica, que:

"la lógica, al igual que los valores que le atribuye la dogmática positivista y en contra de lo predicado por ésta, no forma parte de la realidad empírica del derecho".

Quizá no quepa pronunciamiento sobre lo correcto o incorrecto del ser de la naturaleza en abstracto, como no se puede emitir juicio alguno de valor sobre la moralidad de una ola, de un tifón que arrase una playa, pero cuando una conducta brota de la naturaleza humana en concreto, sí que puede ser enjuiciada, pues el ser humano está dotado de conciencia, es libre para obrar en consonancia o no con la

¹⁸⁶Véase el apartado quinto del capítulo III de esta tesis.

¹⁸⁷PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 86.

¹⁸⁸PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 87.

¹⁸⁹FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2004, pág. 13.

misma y habrá de responder por sus actos realizados con pleno entendimiento y voluntad, campo en cuya consideración entra de pleno el derecho. Asimismo, el sentir social común de los grupos humanos, de los pueblos en concreto, se manifiesta empírica y prácticamente en su comportamiento externo fruto del devenir cotidiano y es mensurable entre otras formas mediante procedimientos de participación social (más aun en la actualidad, donde las nuevas tecnologías eliminan infinidad de barreras antes insalvables dentro de los procesos de comunicación de grupos humanos, acercando más que nunca a las personas y facilitándoles sistemas de participación y comunicación directos y rápidos).

En síntesis, la realidad social no es algo abstracto o acabado, sino que está *haciéndose*¹⁹⁰, se encuentra en desarrollo permanente, como el propio ser humano que la genera (contéplese el supuesto de la esclavitud, considerada válida en el derecho romano). No se trata aquí de abordar el ser social o el derecho mediante una ciencia exacta como las matemáticas (como ya se apuntó en el apartado primero del capítulo I), porque atañe a los seres humanos, que conforman una realidad inacabada, “haciéndose”, en evolución, pero no por ello ha de negársele apriorísticamente carácter científico al método que lo aborde. Dicho *ser* social, sometido al tiempo y a la historia, puede ser objeto de procedimientos para determinar su orientación, su sentido y su concordancia con lo justo, pero no con un concepto abstracto de justicia, sino con un sentido de justicia que emane de la realidad social ínsita en las relaciones vitales que se generan en una sociedad determinada, como se apuntó en el apartado segundo de este capítulo. Ahí tendrá plena cabida la naturaleza de la cosa, incardinada en las circunstancias vitales, comprendiendo el ser histórico de la persona y el del grupo del que dimana, su aspecto

¹⁹⁰Véase al respecto lo apuntado en el apartado primero del capítulo II y en particular en la nota a pie nº 18 de esta tesis.

ontológico que se actualiza permanentemente en tanto que sujeto histórico y que no puede quedar reducido a consideraciones epistemológicas en exclusiva, como apuntó más arriba el profesor Muineló al abordar la hermenéutica, constituyendo tal sentir común social dimanante de la realidad punto de partida de un derecho vivo de contenido sociológico (usando la terminología de Ehrlich) que, como ya se ha comentado en este mismo apartado, no tiene por qué contradecir a la norma estatal, antes bien, ha de ser guía de la misma desde una perspectiva evolutiva y siempre dentro del marco de los derechos humanos, como se ha apuntado en el apartado tercero de este capítulo IV.

5. MANFRED REHBINDER Y LA CONCEPCIÓN ATENAZADORA DEL DERECHO DESDE LOS POSTULADOS DE LA NATURALEZA DE LA COSA

Para Manfred Rehbinder "...el derecho atenaza la cooperación social de la comunidad jurídica"¹⁹¹. Dura definición, ante la que procede cuestionar su correspondencia con la realidad efectiva y si así fuera, plantear qué medios son los utilizados por el derecho para atenazar tal cooperación.

Primeramente, plantéese cuáles son las funciones y fines del derecho; de la mano del profesor Gaspar Escalona Martínez¹⁹², pueden reseñarse principalmente las siguientes:

- a) Solucionar conflictos sociales de intereses entre miembros de un grupo, mediante el arbitraje que ostenta la autoridad en virtud de las normas jurídicas, interviniendo una vez producido el conflicto (intervención a posteriori) o previamente a que surja (intervención a priori).
- b) Dotar a la sociedad de unos valores, donde cobre mayor relevancia la "justicia" del derecho, si bien el derecho es tal desde que ha sido creado de acuerdo con las formalidades establecidas, esto es, según el procedimiento reglado a tal efecto. Podrán predicarse como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico español (art. 1.1 de la Constitución vigente) la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.
- c) Establecer una estructura y la dinámica de la sociedad (esto es, a nivel organizativo de la misma, cómo se organiza ésta) y proyectar hacia el futuro las relaciones sociales.

¹⁹¹REHBINDER, M., *Sociología del Derecho*, Pirámide, 1981, pág. 169.

¹⁹²MARTÍNEZ ESCALONA, G., *¿Qué funciones desempeña el Derecho?*, servicio TeleUned, en <http://www.teleuned.com/teleuned2001/htm>.

- d) Crear un marco jurídico para el ejercicio del poder que detenta el Estado. Se ha evolucionado desde el ejercicio del poder por una persona de forma absoluta (Rey absoluto) hasta el surgimiento del Estado de Derecho, donde los poderes públicos quedan sometidos al imperio de la ley, haciendo que las personas pierdan la condición de “súbditos” y pasen a ser “ciudadanos”.
- e) Proteger el ejercicio de los derechos fundamentales.

Al respecto de las mentadas funciones y siguiendo los planteamientos de Reh binder (el cual a su vez suscribe en gran medida los postulados de Llewellyn), el derecho atenazará la cooperación social mediante:

- a) La resolución de conflictos. Reh binder cita a Erns E. Hirsch:

"Allí donde los hombres conviven, es permanente la oposición de intereses y, en consecuencia, la lucha inacabable por el poder, algo que ya Heráclito había visto claramente y expresado con la famosa fórmula de que la guerra es la madre y reina de todas las cosas, esto es, el factor generador y dominante de la vida social"¹⁹³.

El derecho surge como cauce para evitar la guerra y solventar los conflictos mediante un procedimiento pacífico que proporcione a cada uno lo que le corresponda. Es lo que Reh binder denomina *función de reacción*.

¹⁹³REHBINDER, M., *op.cit.*, pág. 159.

b) La dirección del comportamiento, que es lo que Rehbinder denomina *función de orden*:

“...El Derecho se concentra en la dirección de la conducta (...) allí donde existen o son de esperar conflictos de intereses. Así, regula especialmente la distribución de los bienes escasos y deseados, desde los bienes materiales hasta los inmateriales, tales como el poder y el prestigio”¹⁹⁴.

c) La legitimación y organización del poder social. El poder se convierte en derecho, queda legitimado a través de las reglas procedimentales y de competencia. Quienes tienen el poder se convierten en autoridades. Es la función que el citado autor denomina *función constitucional*.

d) La configuración de las condiciones de vida. A esta función el autor la denomina de *planificación*. Posteriormente se volverá sobre ella.

e) Por último, mediante su autocuidado, esto es, el cuidado de las normas por las propias. Se trata, más que de una función en sentido estricto, de que el derecho cumpla todas las demás funciones enunciadas. Es lo que denomina *función de supervisión*.

Rehbinder concluye afirmando que, aunque sólo se hayan citado cinco funciones del derecho, no por ello se agotan las mismas; pueden apreciarse otras, como por ejemplo la defensa del grupo. Pero las aquí tratadas, los "trabajos del derecho" o "*law-jobs*", son para Manfred Rehbinder, así como para Llewellyn, las fundamentales. En este punto, vuélvase a considerar la función denominada de

¹⁹⁴REHBINDER, M., *op.cit.*, pág. 160 y 161.

planificación o de configuración de las condiciones vitales. Siguiendo a Rehbinder:

"No sólo penas y prohibiciones, sino también beneficios y la concesión de libertades jurídicamente protegidas pueden ser utilizadas para influir sobre la vida del grupo de manera positiva, subrayando una actividad que está en interés del individuo y grupo. La integración grupal puede conseguirse no solo a través de sanciones negativas (represivamente), sino también por medio de sanciones positivas (por ejemplo, subvenciones, premios, gratificaciones)"¹⁹⁵.

De esta forma, quienes detentan el poder en la sociedad pueden influir en sus ciudadanos utilizando las normas para tratar de conseguir la cohesión y uniformidad en los mismos hasta los niveles que se hayan determinado previamente como objetivos por los propios gobernantes, dentro de las diferentes escalas sociales. Normas que favorezcan la integración o exclusión social de los gobernados de acuerdo con los intereses de quienes los dirigen. El derecho como medio utilizable para conducir socialmente al grupo, configurando las condiciones vitales de los individuos.

Pero, de igual manera, el derecho también podrá utilizarse para plasmar el sentir común social por unos gobernantes que tengan en su programa particular conseguir que la norma positiva se acomode al pulso vivo societario y su dinamismo, a lo que realmente quieran y necesiten los ciudadanos gobernados. En otras palabras, para ajustar el derecho promulgado y vigente a la naturaleza de la cosa. En el apartado final de este capítulo y en la parte tercera de la presente tesis se abordará la concepción de la teoría de la naturaleza de la cosa

¹⁹⁵REHBINDER, M., *op.cit.*, pág. 167.

como vía de acceso a lo justo real, así como la propuesta de elaboración de normas a partir de la misma.

6. LA PROPUESTA DE BOBBIO: DE LA “NATURALEZA DE LAS COSAS” A LA “FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES”

Norberto Bobbio reconoce expresamente la importancia de la revalorización de la noción de naturaleza de las cosas, a pesar de las limitaciones que en su opinión tiene el concepto y que se concreta a continuación. Para Bobbio, la concepción general del derecho según la cual éste es una *técnica para la convivencia social*¹⁹⁶ será, entre toda posible concepción del derecho, la que a su juicio parece más convincente. Concreta así el fin último de las normas jurídicas, que sirven como medio de regulación, como forma o manera de propiciar una convivencia entre ciudadanos más justa. La teoría de la naturaleza de las cosas aporta aire fresco en esta concepción; en palabras de Bobbio, *“es un respiradero abierto hacia una mejor comprensión del trabajo del legislador, del juez y del jurista en la formulación de reglas y, sobre todo, es un elemento constitutivo de la concepción del Derecho como técnica de convivencia social”*¹⁹⁷.

Pero esta conclusión requirió un proceso evolutivo en el pensamiento de este autor sobre la teoría objeto de esta tesis. En un tiempo, Bobbio sostiene una postura radical respecto a la naturaleza de la cosa¹⁹⁸, considerándola inoperante en derecho por

¹⁹⁶BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 145.

¹⁹⁷BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 151.

¹⁹⁸“...En cuanto a N. Bobbio, estimaba en su postura radical que la doctrina de la naturaleza de la cosa es inoperante en derecho desde el momento en que se muestra como incompatible con el positivismo jurídico. Ello porque la función del derecho es corregir la realidad socioeconómica, o sea, la naturaleza; pero a la naturaleza sólo se la puede corregir con juicios de valor, que son subjetivos, nunca en base a la misma naturaleza. La apelación a la naturaleza de la cosa tiene, pues, un pretensión de objetividad totalmente improcedente; se trata, simplemente, de un criterio subjetivo más, que aparte de todos los inconvenientes inherentes a tal tipo de criterios, comporta el de arrastrar la arbitrariedad de la elección entre los diversos

incompatibilidad con el positivismo jurídico. Posteriormente, el mismo Bobbio extrae otras consecuencias¹⁹⁹, concediéndole una validez que pone entre paréntesis y reduciendo la teoría hacia una nueva forma de plantear la interpretación teleológica de la norma jurídica. Finalmente, concebirá la naturaleza de la cosa como el respiradero más arriba indicado, que aporta aire fresco en la correcta comprensión de la labor de jueces y legisladores, esto es, poderes legislativo y judicial. Pero el reconocimiento anterior no está exento de condiciones:

- a) Plantea que la teoría de la naturaleza de las cosas “reconozca sus propios límites y no pretenda abrir todas las puertas”²⁰⁰.
- b) La noción difusa de “naturaleza de las cosas” ha de tener un significado técnico riguroso, más allá de una fórmula sugestiva; tiende a creer que el razonamiento teleológico es el procedimiento empleado para obtener reglas de la naturaleza de las cosas y propone la sustitución de la demasiado vaga expresión a su juicio de “naturaleza de las cosas” por la de “*función económico social*” de una institución²⁰¹.

significados que se puede dar a la naturaleza, y, por tanto, a la naturaleza de la cosa”. En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, págs. 83 y 84.

¹⁹⁹“...afirma, con miras críticas, que la doctrina de la naturaleza de la cosa se contrae a ser un tipo de argumento o topos del razonamiento jurídico, cuya validez pone entre paréntesis y cuya función se reduciría a la argumentación referente a la función social de las instituciones; la naturaleza de la cosa se reduciría, con ello, a una nueva forma de postular la interpretación teleológica de la ley”. En PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 77.

²⁰⁰BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 151.

²⁰¹BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 151.

Ya en su día otros autores sostuvieron que sería la razón humana la que, enfocada en una búsqueda que trate de aportar soluciones a los problemas jurídicos de la sociedad, generaba el derecho²⁰². Desde la concepción del propio Bobbio, se postula el razonamiento teleológico como método para obtener reglas de la naturaleza de las cosas. Se vuelve así a lo enunciado en el capítulo III de esta tesis respecto a la posición teleologista aristotélica, que busca la comprensión racional de las cosas partiendo de la observación (*verstehen*). Es el método inductivo-deductivo, inductivo para formular un principio explicativo general y deductivo para enunciar las causas del fenómeno, en particular su *telos*, la finalidad de la cosa en cuestión, su entelequia, su perfección de acuerdo con su naturaleza.

¿Cómo se deducirán reglas de la naturaleza de las cosas? Enfocando la razón en la búsqueda teleológica, esto es, razonando sobre los fines que le son propios a cada cosa y particularmente en nuestro estudio a la reglamentación jurídica y al proceso de elaboración normativa partiendo de las relaciones de vida (citando a Fernández Galiano²⁰³), con el objetivo último de la regulación óptima de la convivencia social que sería, a juicio de Bobbio, la esencia de la concepción de esa técnica en la cual consistiría el derecho.

La propuesta de Bobbio continúa orientando hacia la sustitución del término “naturaleza de las cosas” por la función

²⁰²“... La Sociedad introduce en el derecho todo aquello cuyo respeto es útil o necesario para su buen funcionamiento, y lo provee de una sanción”. “El derecho (positivo) es para cada época y cada pueblo, la razón humana esforzándose en la solución de las cuestiones jurídicas”, cuestiones de organización jurídica de esa sociedad o de ese pueblo”. En RADBRUCH, G., DELOS, J. T., LE FUR, L., BREÑA, D. K., CARLYLE, A. J., *Los Fines Del Derecho: Bien Comun, Justicia, Seguridad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, 1981, pág. 34.

²⁰³Véase el apartado 3.5 del capítulo III de esta tesis.

económico-social de una institución. En primer lugar, atiende esta propuesta al término “función”, esto es, “servicio”, “utilidad”; en lo referente a las instituciones, alude a su razón de ser, concretamente a su utilidad económica (referida a la escasez de recursos y el estudio de la mejor manera de distribución de los mismos para satisfacer las necesidades colectivas) y social (aludiendo a su orientación a favor de los ciudadanos, promoviendo servicios y garantizando los derechos esenciales que permitan mantener el nivel de vida necesario para participar plenamente como miembro de la sociedad).

Al preguntarse qué es un Estado “social”, el profesor Torres del Moral²⁰⁴ concreta el nacimiento de la idea helleriana del Estado Social de derecho como respuesta a la crisis histórica del modelo europeo de sociedad del primer tercio del siglo XX²⁰⁵. Lo que antecede implica consecuencias directas, tanto desde el punto de vista del ciudadano como desde la perspectiva del poder público. Citando nuevamente al profesor del Moral²⁰⁶:

“Desde el punto de vista del ciudadano, esta nueva concepción tiene reflejo en su acceso a los bienes y derechos sociales, que son recogidos por los textos constitucionales con diversos grados de efectividad jurídica.

²⁰⁴TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Átomo ediciones, S.A., 1985, pág. 24.

²⁰⁵“Es un intento de superación de la diferencia entre la formalización jurídica de los derechos y su ejercicio efectivo por parte de todos. Lo cual requeriría una doble vía de realización: de un lado, cambiar el estatuto del ciudadano, que no debe ser sólo una persona integrada en un país política y jurídicamente, sino también económica, social y culturalmente; de otro, cambiar el estatuto jurídico-político del poder público, que, de ser meramente vigilante y represor, pasa a ser ordenador, conformador de la sociedad, promoviendo la emergencia de ese nuevo ciudadano-partícipe”. En TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, pág. 24.

²⁰⁶TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, pág. 24.

Desde la óptica del poder público, éste asume la obligación de realizar las prestaciones positivas necesarias para garantizar un mínimo existencial de los ciudadanos y promover las condiciones de satisfacción de necesidades individuales y generales que el sistema de mercado no proporciona. Este Estado asistencial, de procura existencial, o de bienestar social, como se le ha llamado preferentemente durante las tres últimas décadas, asume como objetivo propio, como función política, una cierta corrección, ya que no nivelación, de las diferencias económicas y sociales que crea el mercado; no reprime ya en un sentido unidireccional los conflictos sociales e incluso proporciona los cauces de la concertación y participa a veces en ella, asumiendo obligaciones normativas y económicas. Es el Estado interventor en la economía, planificador e incluso empresario, el más importante empresario: en el Estado de bienestar, el sector público ha llegado a representar hasta un 50 por 100 de la economía nacional de algún país.”

Pues bien, a esa perspectiva deseable del ciudadano integrado social, económica y culturalmente, y a la labor estatal consistente en promover de forma activa dicha integración, se entiende que apunta Norberto Bobbio al plantear la sustitución del término “naturaleza de las cosas” por la función económico-social de una institución, en particular las instituciones y poderes públicos, que han de garantizar tales derechos recogidos en textos constitucionales como el de nuestra actual Carta Magna.

No ha de olvidarse, sin embargo, que tal y como se apuntó al abordar las posiciones de Werner Maihofer en el capítulo III, si bien la naturaleza de la cosa puede entenderse como sinónima de la función económica y social de las instituciones en línea con los postulados de Bobbio, para Maihofer ha de ser considerada como

investigación de tal función en lo *concreto y particular*, centrados en los “exclusivos datos que proporciona la situación”, no como “función general en el mundo y la vida”; será en las situaciones concretas, dimanantes del sentir común social, donde podrá apreciarse de forma certera la naturaleza de la cosa. A cuanto antecede y a la manera de deducir reglas a partir de la misma, enfocando la razón en la búsqueda teleológica, se volverá en la parte tercera de esta tesis.

7. EL RETORNO A ARISTÓTELES Y LO “JUSTO NATURAL”

Primeramente, considérense los conceptos de Justicia y de lo justo, desde un punto de vista aristotélico. Surge la cuestión de si pueden alegarse con sentido las divisiones formal-material y deontológico-ontológico respecto a la Justicia misma. Tal y como sentencia el profesor José Carlos Muínelo, dicha escisión es del todo puntual contraria al planteamiento aristotélico²⁰⁷. Desde la perspectiva aristotélica, cuando se contemplan la materia y la forma, la potencia y acto, se concluye que la materia es potencia que se actualiza informándose. No existe una división real entre lo “justo material” y lo “justo formal”, ya que más que consistir en dos cosas diferentes, se trata de dos *aspectos distintos de una misma cosa*, como apuntaba el profesor Muínelo²⁰⁸.

Habría que alzarse sobre reduccionismos de tipo epistemológico u ontológico, ya sea tratando de hacer primar el aspecto formal de lo justo o bien su perspectiva material, esto es, la teórica realidad anterior del derecho abstracto al de la norma material que lo plasma en el ordenamiento jurídico. Hay que buscar lo *justo real*. Ahí probablemente esté la clave.

Se apuntaba en el capítulo III de esta tesis cómo el iusnaturalismo propuesto por la naturaleza de la cosa plantea un retorno del derecho natural que se busca en las relaciones de vida, en la convivencia, en la sociedad que en cada momento histórico forma parte de un pueblo en cuestión. ¿Y qué es eso, sino el anhelo por

²⁰⁷“La sola escisión que da lugar a una concepción formal y otra material es, ella misma, contraria al punto de vista aristotélico”. En GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUÍNELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 222.

²⁰⁸GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUÍNELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 214.

alcanzar lo justo real en un determinado pueblo, país, comunidad de Estados, etc., en un determinado momento histórico? Lo que pretende la teoría de la naturaleza de la cosa es, a saber, alcanzar la justicia real, lo que podría asimismo denominarse “justo acorde con la naturaleza”, lo *justo natural*. Citando a Muínelo, para Aristóteles lo justo es aquello que se da en la conjunción de lo bueno (aspecto material) y lo legal o normativo (aspecto formal) y ambos son componentes inescindibles de aquél²⁰⁹. Se entiende que ahí es donde radica lo justo real, lo justo acorde con la naturaleza.

La naturaleza de la cosa buscará alcanzar justicia real en una sociedad determinada en el anhelo de hacer coincidir derecho formal con derecho material en la unidad indisoluble que ha de constituir lo justo. Desde aquí, cabe plantear cómo se legisla, cómo se gobierna y cómo se juzga de acuerdo con lo justo real. Ya se mencionaba en el capítulo III que la visión teleologista de Aristóteles en el gobierno (*politeia*) de la polis apunta hacia una gestión política que ha de orientarse a la consecución del fin esencial (*telos*) de dicha comunidad de una manera dinámica, no estática, en movimiento, cambiante, adaptándose al flujo vital de la existencia, de los hechos cambiantes que dimanen del devenir cotidiano pero siempre atento al *telos* de cada pueblo. Esa es la labor de los gobernantes, a saber: analizar el dinamismo de la comunidad que gobiernan y realizar su labor ejecutiva teniendo puestas las miras siempre en dicho *flujo real vital*, que se manifiesta en el devenir cotidiano. Esto implicará la toma de decisiones reales que amparen las demandas sociales dimanantes de las necesidades contingentes del momento, de la manera más práctica posible. Y esto es también lo que parece que Bobbio sugiere con la sustitución de la demasiado vaga expresión (a su juicio) de “naturaleza de las cosas” por la de “función económico social” de una

²⁰⁹GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUÍNELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 219.

institución. Por tanto, la labor de gobernar para todos, pero con la mirada puesta en los más desfavorecidos, tendiendo siempre a conseguir una igualdad de oportunidades más real que teórica y promocionando a tal efecto de forma cultural, económica y socialmente a los sujetos que lo precisen.

Al respecto, Su Santidad el Papa Francisco afirmó el 25 de julio de 2013 en su visita a la favela de Varginha, en Brasil: "...*La medida de la grandeza de una sociedad está determinada por la forma en que trata a quien está más necesitado, a quien no tiene más que su pobreza*"²¹⁰. Gobernar para todos, pero con la mirada puesta en los más desfavorecidos. Sobre eso se volverá en la tercera parte de esta tesis.

En cuanto al poder legislativo, como muy bien apuntó Francisco Suárez²¹¹ en su día refiriéndose al legislador, se le supone "*la intención del bien común o de gobernar bien a los súbditos, de la cual se sigue enseguida en el entendimiento la deliberación acerca de esta o de la otra ley para ver cual es justa o conveniente para la comunidad*". A cuanto antecede seguirá, en palabras de Suárez²¹² "*el juicio con el que el legislador establece y determina que tal cosa es conveniente a la comunidad y que conviene que todos la observen*". Dentro del tema objeto de esta tesis y como ya se indicó anteriormente, el legislador podrá deducir reglas de la naturaleza de la cosa enfocando la razón en la búsqueda teleológica, esto es, razonando sobre los fines que le son propios a cada cosa y particularmente en este estudio a la reglamentación

²¹⁰Discurso del Santo Padre Francisco en su visita a la favela y comunidad de Varginha (Manguinhos), en su viaje apostólico a Río de Janeiro con ocasión de la XXVIII Jornada Mundial de la Juventud. Río de Janeiro, jueves 25 de julio de 2013.

Véase el discurso completo en la página web del Vaticano: http://www.vatican.va/holy_father/francesco/speeches/2013/july/documents/papa-francesco_20130725_gmg-comunita-varginha_sp.html

²¹¹SUÁREZ, F., *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Libro I, Capítulo IV, 6.

²¹²SUÁREZ, F., *op.cit.*, Libro I, Capítulo IV, 6.

jurídica y al proceso de elaboración normativa partiendo de las relaciones de vida (citando nuevamente a Fernández Galiano²¹³). Se profundizará en este proceso en el capítulo siguiente, si bien en este punto ha de recordarse cómo para Bobbio la esencia de la concepción de la técnica en la cual consistiría el derecho tiene como fin último la regulación óptima de la convivencia social. Para Montesquieu, las leyes serán deducidas de la naturaleza de las cosas subjetivamente por el legislador tras un análisis pragmático y mecanicista de la realidad del pueblo en cuestión para el que se legisla mediante el uso de su propia razón. Para Radbruch, la tradición, los usos, las costumbres, las normas sociales habrán de ser contemplados a la hora de dictar normas si no se quieren producir traumas en la sociedad o incluso que sus normas carezcan de la deseable vigencia social.

Igualmente se entiende que, de acuerdo con lo que antecede y como se expuso en el capítulo III, la elaboración de normas al margen de las inercias propias de los grupos sociales para los que se elaboran conduce hacia sistemas normativos con vigencia técnica pero no social, y no hay que olvidar que el depositario primero y último de la soberanía es el pueblo, la propia sociedad a la que se legisla. Dicha labor habrá de realizarse tendiendo a alcanzar lo justo natural, esto es, lo justo real acorde con la naturaleza que desde la perspectiva aristotélica incluye lo justo material (lo efectivamente bueno y deseable) y lo justo formal (leyes positivas efectivamente justas) como dos aspectos, dos partes indisolubles de un mismo todo global.

Vista la labor de gobierno y la legislativa de acuerdo con la naturaleza de la cosa, se llega al poder judicial, a quien corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Más atrás se habló de los postulados de la *Freirechtsbewegung*; recuérdese que ante la cuestión de si era posible que el juez creara derecho, particularmente al llenar las lagunas de la legislación positiva amparándose en la naturaleza

²¹³Ver capítulo III de esta tesis.

de la cosa, diversos autores respondían afirmativamente, haciéndose mención en este punto a la opinión de cuatro de ellos. Heinrich Dernburg sostiene:

“También partiendo de la naturaleza de la cosa tenemos que completar el sistema jurídico. Las relaciones vitales llevan en sí mismas, más o menos desarrollados, su orden y medida. Este orden inmanente en las cosas se llama naturaleza de las cosas. A ella tiene que recurrir el jurista cuando le falta una norma positiva o cuando ésta es incompleta o poco clara”²¹⁴.

Igualmente, Herbert Schambeck mantiene que:

“Hay que preguntarse por la naturaleza de las cosas cuando la ley deja una laguna sin cerrar, no sólo por falta de una disposición sino también por falta de una indicación precisa [...] La naturaleza de las cosas como medio de complementación de la jurisprudencia puede llenar las lagunas dentro del marco permitido por la ley”²¹⁵.

Max Gutzwiller afirma de igual manera, refiriéndose al juez, que si un ordenamiento jurídico no prevé una categoría jurídica y ni la analogía al derecho consuetudinario o a la doctrina aceptada, ni la interpretación extensiva le sirven a la hora de vincular una decisión, “... tiene, entonces, que sopesar su pensamiento jurídico libre en la balanza de la naturaleza de la cosa”²¹⁶.

²¹⁴GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 60.

²¹⁵GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 60.

²¹⁶GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 60.

Por último, Karl Larenz va más allá, sosteniendo respecto de la naturaleza de la cosa que *“es fuente de conocimiento para la ciencia del derecho y para la jurisprudencia de nuestro tiempo”*²¹⁷.

Así, no sólo se aboga por la naturaleza de la cosa, por lo Justo Natural de acuerdo con este enfoque, para que el juez fundamente su decisión en caso de lagunas, sino también como fuente para la jurisprudencia y de la ciencia del derecho (recuérdese también lo referido sobre los planteamientos de Schambeck y Maihofer en páginas anteriores). Y es aquí donde cobran plena vigencia los postulados de Santo Tomás de Aquino, como se expone a continuación.

²¹⁷GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 60.

8. LA *GRATIA VIVENDI* EN SANTO TOMÁS DE AQUINO

Para Santo Tomás, la Ley será “la ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”²¹⁸. Recuérdese cómo el concepto de “naturaleza” según Aristóteles y Santo Tomás “...engloba todo lo que existe en nuestro mundo: no solo los objetos físicos, materiales, sino también la totalidad del hombre, que es espíritu y cuerpo, y las instituciones humanas y las instituciones sociales: la ciudad, los grupos familiares, las asociaciones...”²¹⁹

Totalidad. El Ser Humano inserto en un orden global al que llamamos “naturaleza”. El Aquinate continúa distinguiendo entre naturaleza y gracia. Tal y como indica Mariano López Alarcón al referirse al concepto de naturaleza en Santo Tomás²²⁰, la naturaleza contiene en sí misma un valor cuya

²¹⁸SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 90, a. 4, en *Sobre la eternidad del mundo, Suma contra los gentiles, Suma teológica* (2ª edición), Aguilar, 1981.

²¹⁹RECASÉNS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de las cosas y Lógica “razonable”*, Universidad Autónoma, 1971, pág. 199.

²²⁰“... La tesis tomista de la sociedad perfecta se funda en la distinción entre naturaleza y gracia. La naturaleza tiene un valor en sí misma y ni la gracia ni el pecado la han cambiado sustancialmente ni tampoco el orden natural en ella fundado. La autonomía entre el orden natural y el sobrenatural lleva consigo, asimismo, la clara distinción entre la potestad política y la potestad eclesiástica. El mundo se divide en dos órdenes jurídicos diferentes y autónomos: el orden del derecho natural que es la base de la sociedad civil y de la autoridad política y el orden del derecho divino, propio de la Iglesia, sociedad sobrenatural con autoridad exclusiva sobre los fines religiosos [...] Por lo que concierne al Estado (*civitas*), lo que ha de procurar ante todo es la *gratia vivendi*, es decir que los hombres tengan todo cuanto les hace falta para poder vivir; pero, no solamente ha de procurar que los hombres vivan, sino que vivan bien, valiéndose de leyes que dirijan la vida de los hombres hacia las virtudes que tienen inmediatamente un

pureza no ha sido alterada por factores externos a la misma. En cuanto al Estado, sostiene la necesidad de que por parte del mismo se procure a los hombres lo necesario para que vivan bien. De cuanto antecede se reseñan dos aspectos fundamentales para esta exposición. Primero, el concepto de naturaleza como valor en sí misma, cuya pureza no ha sido alterada por factores ajenos a ésta, lo que se traduce en la pureza del orden natural en ella fundado.

En segundo lugar, la necesidad de que por parte del Estado se procure a los hombres lo necesario para que vivan, pero no sólo que “sobrevivan”, sino que vivan bien. Procurar al pueblo la *gratia vivendi*. Los poderes públicos establecerán leyes a tal efecto o sufrirán las consecuencias²²¹. Y esto coincide con lo que señala Bobbio al hablar de la función económica y social de las instituciones, como se vio en el apartado anterior de este mismo capítulo. Todo ello se concreta en la parte tercera de la tesis, en la que asimismo se formulan cinco propuestas desde la teoría de la naturaleza de la cosa.

sentido social en cuanto se dirigen al bien común”. En LÓPEZ ALARCÓN, M., “El pensamiento de Santo Tomás de Aquino sobre relaciones entre la Iglesia y la Comunidad Política”, *Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia*, Edición de Compobell, S. L., 1995, pág. 10.

²²¹Véanse los artículos periodísticos referidos en el apartado primero del capítulo IV así como el análisis de los mismos.

9. SÍNTESIS CRONOLÓGICA DE AUTORES Y POSICIONAMIENTOS

Con carácter previo a abordar las propuestas y conclusiones de esta tesis, se considera necesario por el autor realizar la síntesis cronológica de autores y planteamientos, favorables y desfavorables (ya sea directa o indirectamente) a la teoría de la naturaleza de la cosa que se presenta a continuación. Es importante proporcionar al lector, en una consulta ágil y resumida, la síntesis de las posiciones sobre la naturaleza de la cosa que se han abordado en páginas precedentes y que se encuentran esparcidas a lo largo de los diversos capítulos de esta obra (aunque hagan referencia a un único pensador, como en el caso de Ernesto Garzón Valdés). Se incluye asimismo algunas referencias novedosas a nuevos autores, no contempladas en capítulos precedentes al considerarse que sus planteamientos afectan a la teoría que ocupa esta tesis de una forma no tan relevante o directa como para dedicarles un apartado específico, pero sí con suficiente importancia para considerarlos en este punto.

Las diversas referencias a las fuentes de los datos indicados se han reseñado ya en capítulos precedentes, en los diversos apartados donde se alude a los mentados autores y pensadores, no volviendo a citarse para no caer en redundancia. Caso de añadir alguna referencia novedosa o que corresponda a autores no aludidos previamente, se indica la oportuna cita bibliográfica, como corresponde.

9.1. Aristóteles (384-322 a.C.)

- Formula la teoría hilemórfica; materia y forma, potencia y acto, la materia como potencia que se actualiza informándose, esto es, tomando forma, y la forma como receptáculo, como vehículo donde reside lo esencial de cada cosa. Cuando las cosas trabajan y se encaminan hacia el fin para el cual han sido creadas actúan según su naturaleza. Y al mismo tiempo, el trabajo para que las cosas alcancen su plenitud es entelequia de las mismas, que las impulsa hacia su destino final, hacia lo que les es propio según su naturaleza, esto es, hacia su finalidad. Siendo la Constitución o Carta Magna la plasmación de la esencia de un pueblo, en ella descansará el *telos* del mismo, su entelequia. El gobierno de los pueblos ha de hacerse teniendo presente la naturaleza de los mismos, su esencia, su identidad, atendiendo siempre a dicha entelequia, entendida como fin último y primero al que pueden aspirar y a su vez proceso para conseguir alcanzar dicha finalidad. Gobernar al margen de la identidad popular, de una manera descontextualizada o fuera del dinamismo de una comunidad conducirá a la toma de decisiones arbitrarias y “antinaturales”, contrarias a la naturaleza de la cosa en cuestión. Sólo gobernando atendiendo al *telos* de un pueblo, a lo que le es propio, a lo que necesita en cada momento histórico (pues la realidad es dinámica, cambiante), logrará el político alcanzar su misión, a saber, adecuar la realidad a los más altos fines que un pueblo pueda lograr, de acuerdo con su esencia, esto es, con su naturaleza asimismo entendida.

9.2. San Francisco de Asís (1182-1226)

- Francisco de Asís es un santo paradigmático dentro del catolicismo, constituyendo un punto de referencia obligado no

sólo para cristianos sino para pensadores de las más diversas tendencias y credos, movimientos ecologistas, etc. Más que una teoría sobre la manera de vivir, Francisco experimenta en su propia vida, en su propia existencia, el camino de retorno hacia la casa del Padre; es un hombre de ejemplo más que de palabra. Quizá ahí y en su humildad radical estribe el éxito de la aceptación de su persona y su mensaje por las más diversas ideologías. Entre la multiplicidad de aspectos susceptibles de análisis respecto a este gran Santo (su vinculación a la pobreza, a la renuncia, a la compasión hacia todos los seres, su vivencia en primera persona del Evangelio,...) destaca uno central para el tema de esta tesis: su amor por la naturaleza. Tomás de Celano, uno de los biógrafos del Santo, escribe en su vida primera de Francisco de Asís que “... *su espíritu de caridad se derramaba en piadoso afecto, no solo sobre hombres que sufrían necesidad sino también sobre los mudos y brutos animales, reptiles, aves y demás criaturas sensibles e insensibles*”²²², y que “...*al encontrarse en presencia de muchas flores, les predicaba, invitándolas a loar al Señor, como si gozaran del don de la razón. Y lo mismo hacía con las mieses y las viñas, con las piedras y las selvas y con todo lo bello de los campos, las aguas de las fuentes, la frondosidad de los huertos, la tierra y el fuego, el aire y el viento, invitándoles con ingenua pureza al amor divino y a una gustosa fidelidad. En fin, a todas las criaturas las llamaba hermanas, como quien había llegado a la gloriosa libertad de los hijos de Dios, y con la agudeza de su corazón penetraba, de modo eminente y desconocido a los demás, los secretos de las criaturas*”²²³. La huella de Dios en la naturaleza. La esencia de la vida escrita por el dedo divino en todas sus criaturas, a las que considera hermanas, ya sean animales,

²²² CELANO, T., *Vida primera de San Francisco, en San Francisco de Asís. Escritos. Biografías. Documentos de la época*, Biblioteca de autores cristianos, 2013, capítulo XXI, 77, págs. 163 y ss.

²²³ CELANO, T., *op.cit.*, capítulo XXIX, 81, págs. 163 y ss.

vegetales o minerales, partes conjuntamente con el ser humano del gran escenario de la vida. Fruto de esta concepción surgirá en su inspiración el "*Cántico de las Criaturas*"²²⁴, donde la naturaleza es contemplada en una perspectiva holística como un todo del que los seres humanos somos tan solo una parte, hermanos y copartícipes (conjuntamente con toda la creación, con toda la naturaleza) de la vida que nos viene del Creador. Para la sociedad

²²⁴ "...Altísimo, omnipotente, buen Señor, tuyas son las alabanzas, la gloria y el honor y toda bendición.

A ti sólo, Altísimo, corresponden, y ningún hombre es digno de hacer de ti mención.

Loado seas, mi Señor, con todas tus criaturas, especialmente el señor hermano sol, el cual es día, y por el cual nos alumbras.

Y él es bello y radiante con gran esplendor, de ti, Altísimo, lleva significación.

Loado seas, mi Señor, por la hermana luna y las estrellas, en el cielo las has formado luminosas y preciosas y bellas.

Loado seas, mi Señor, por el hermano viento, y por el aire y el nublado y el sereno y todo tiempo, por el cual a tus criaturas das sustento.

Loado seas, mi Señor, por la hermana agua, la cual es muy útil y humilde y preciosa y casta.

Loado seas, mi Señor, por el hermano fuego, por el cual alumbras la noche, y él es bello y alegre y robusto y fuerte.

Loado seas, mi Señor, por nuestra hermana la madre tierra, la cual nos sustenta y gobierna, y produce diversos frutos con coloridas flores y hierba.

Loado seas, mi Señor, por aquellos que perdonan por tu amor, y soportan enfermedad y tribulación.

Bienaventurados aquellos que las soporten en paz, porque por ti, Altísimo, coronados serán.

Loado seas, mi Señor, por nuestra hermana la muerte corporal, de la cual ningún hombre viviente puede escapar.

¡Ay de aquellos que mueran en pecado mortal!: bienaventurados aquellos a quienes encuentre en tu santísima voluntad, porque la muerte segunda no les hará mal.

Load y bendecid a mi Señor, y dadle gracias y servidle con gran humildad." En *San Francisco de Asís. Escritos. Biografías. Documentos de la época*, Biblioteca de autores cristianos, 2013, pág. 55.

actual y para el tema que ocupa esta tesis, las precedentes enseñanzas son algo más que poesía; compelen a la sociedad actual a plantearse su relación con la naturaleza, con el medio ambiente, en amor y respeto. Al respecto, recuérdese lo planteado por Annie Leonard en el apartado dedicado a los derechos humanos de tercera generación y entre ellos al medio ambiente saludable, donde se considera que el sistema productivo actual nos está llevando cada vez más cerca de los límites soportables por el planeta; que los recursos de la naturaleza son limitados y cómo se está forzando a la misma para mantener el actual nivel de producción de cosas, poniéndose en peligro por los actuales planteamientos económicos de producción la propia existencia de vida en la tierra. Desde esta perspectiva y según se indica, de no cambiar los sistemas económicos de producción actuales será la misma economía la que destruirá nuestro planeta. Y ahí, más que nunca, cobra vigor la noción de naturaleza de la cosa concebida como función económica y social de las instituciones y en particular de la pública que gobierna; la función económica ha de ir ligada a la función social para conseguir el equilibrio que llamamos justicia y si los intereses económicos o de mercado se separan de los sociales, es criterio de justicia que el Estado, ya sea nacional o supranacional, reconduzca la economía hacia la dimensión social que ha perdido con el fin de alcanzar el equilibrio de lo justo. La naturaleza de la cosa se integra plenamente en el constitucionalismo mundial, coincidiendo con el sentir común de los pueblos al reivindicar los denominados derechos humanos de tercera generación y en particular, en el punto que se trata, el derecho a la protección del medio ambiente, apuntando hacia el establecimiento de una Carta Magna Universal que asegure entre otras garantías las necesarias en este campo. Hoy, el mensaje de Francisco de Asís de amor y comunión entre la naturaleza y los seres vivos que forman parte de ella,

como hermanos que comparten un destino común y se integran en un mismo todo, tiene más vigencia que nunca.

9.3. San Antonio de Padua (1195-1231)

- Antonio de Padua, nacido en Lisboa y bautizado con el nombre de Fernando, que luego cambiará por el de Antonio al ingresar en la Orden de los Hermanos Menores, fue fraile menor en la primera época del movimiento franciscano. El Papa Benedicto XVI, en su audiencia general celebrada el miércoles 10 de febrero de 2010²²⁵, expone la talla cultural, humana y espiritual del santo. Comenta cómo “...a principios del siglo XIII, en el contexto del renacimiento de las ciudades y del florecimiento del comercio, crecía el número de personas insensibles a las necesidades de los pobres. Por ese motivo, san Antonio invita repetidamente a los fieles a pensar en la verdadera riqueza, la del corazón, que haciéndonos ser buenos y misericordiosos nos hace acumular tesoros para el cielo”. Así, Antonio exhortará a las personas ricas para que acojan a las más desfavorecidas²²⁶, recordando el propio Benedicto XVI la importancia de esta enseñanza para hoy, “...cuando la crisis financiera y los graves desequilibrios económicos empobrecen a no pocas personas, y crean condiciones de miseria”. Prosigue el Papa aludiendo a su encíclica *Caritas in veritate*²²⁷ en la que sostiene que

²²⁵ Puede consultarse el texto íntegro del discurso de la Audiencia general en la dirección de Internet: http://www.vatican.va/holy_father/benedict-xvi/audiences/2010/documents/hf_ben-xvi_aud_20100210_sp.html

²²⁶ "Oh ricos haced amigos... a los pobres, acogedlos en vuestras casas: luego serán ellos, los pobres, quienes os acogerán en los tabernáculos eternos, donde existe la belleza de la paz, la confianza de la seguridad, y la opulenta serenidad de la saciedad eterna". En *Sermones Dominicales et Festivi* II, Messaggero, 1979, pág. 29.

²²⁷ BENEDICTO XVI, *Carta Encíclica Caritas in Veritate del Sumo Pontífice Benedicto XVI*, Librería Editrice Vaticana, 2009.

"La economía tiene necesidad de la ética para su correcto funcionamiento; no de una ética cualquiera, sino de una ética amiga de la persona". Si bien en el apartado dedicado al Papa Benedicto XVI se abunda en este tema, sirva esta referencia para remarcar la dimensión que San Antonio y el Papa emérito colocan en primer plano; la economía precisa de la ética, una ética centrada en el ser humano, en su promoción y desarrollo, que anteponga a la persona frente a cualquier otro tipo de intereses (fundamentalmente económicos). Como asimismo se ha indicado en las conclusiones quinta, sexta y séptima, la labor de gobierno ha de realizarse para todos los ciudadanos pero con la mirada puesta en los más desfavorecidos, gobernándose de acuerdo con los postulados de la naturaleza de la cosa en pro de alcanzar una justicia real.

9.4. Santo Tomás de Aquino (1225-1274)

- El aquinate considera la Ley como la ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad. El concepto de "naturaleza" según Aristóteles y Santo Tomás engloba todo lo que existe en nuestro mundo: no solo los objetos físicos, materiales, sino también la totalidad del hombre, que es espíritu y cuerpo, así como las instituciones humanas y sociales: la ciudad, los grupos familiares, las asociaciones... Santo Tomás considera la naturaleza como valor en sí misma, cuya pureza no ha sido alterada por factores ajenos a ésta, lo que se traduce en la pureza del orden natural en ella fundado. Asimismo, plantea la necesidad de que por parte del Estado se procure a los hombres lo necesario para que vivan, pero no sólo que "sobrevivan", sino que vivan bien: es lo que denomina procurar al pueblo la *gratia vivendi*. Los poderes públicos establecerán leyes a tal efecto o sufrirán las

consecuencias; en línea con lo anterior, Santo Tomás decretó la invalidez de las normas de derecho positivo que no se adecúen con la ley natural y sentó las bases de la doctrina –más tarde desarrollada por la escolástica española– según la cual es lícita la resistencia social frente al tirano.

9.5. Montesquieu (1689-1755)

- Carlos Luis de Secondat, Barón de la Brede y posteriormente de Montesquieu, afirma que leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. La palabra ley está tomada como leyes del ser, no como leyes del deber ser: se trata de un concepto de ley con la objetividad que puedan tener las leyes de la naturaleza. El concepto Naturaleza se toma por el Barón como un conjunto de realidades físicas e históricas, que han de ser tenidas en cuenta para adaptar a ellas las normas de conducta (leyes positivas).

Montesquieu incardina el concepto de naturaleza de las cosas en lo mensurable; cree en la existencia de una serie de realidades patentes, físicas e históricas, que abarcan desde el clima, población, costumbres, religión, etc., propias de la cosa objeto de nuestro estudio, en este caso el pueblo en cuestión al que se trate de dar unas normas positivas o de conducta. Estas normas serán, por una parte, *una adecuación a dichas realidades naturales*, una respuesta jurídica a las necesidades que plantean las relaciones dimanantes de la convivencia entre seres humanos concretos, en un país o comunidad determinada. Pero también, las normas así concebidas serán en sí mismas *otra realidad más*, no una realidad intangible, inmutable, sino fluida, adaptable, susceptible de estudio científico y por ende sometidas al método de explicación causal mecanicista. El legislador se convierte así en una especie de “traductor” de la naturaleza al código que es la

norma positiva, la ley escrita, tras una *comprensión racional e interpretación a su propio entender* del sentir general y necesidades jurídicas de un pueblo, esto es, de su naturaleza. La ley sería un producto de la razón humana que previamente ha procedido al análisis de las condiciones histórico-ambientales para adaptar las normas positivas a las mismas.

9.6. Emmanuel Kant (1724-1804)

- Emmanuel Kant es antideterminista; considera que el ser humano fragua su propio destino, siendo las leyes humanas producto de la autodeterminación del hombre. La naturaleza en que se fundamenta el derecho natural es la propia libertad del ser humano, de donde se genera todo orden moral y natural²²⁸. Formuló el imperativo categórico, concepto central en la ética kantiana que pretende ser un mandamiento autónomo y autosuficiente (al margen de cualquier planteamiento metafísico, religioso o ideológico) capaz de regir en todas sus manifestaciones el comportamiento humano: Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal. Dicho principio moral y de conciencia, nacido de la libertad de la voluntad individual, será la fuente de todo el derecho. La naturaleza de la cosa es la naturaleza del ser humano, que genera desde su libertad, desde la autonomía de su voluntad, normas deseables para la colectividad universal.

²²⁸RECASÉNS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de las cosas y Lógica "razonable"*, Universidad Autónoma de México, 1971, págs. 208-210.

9.7. Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861)

- Para Savigny, fundador de la escuela histórica del derecho alemana, la naturaleza de la cosa consistirá en el conjunto de condiciones prácticas que envuelven el destino del hombre, y por tanto también su destino jurídico. Conceptuación sencilla y eminentemente práctica de la naturaleza de la cosa, que vendrá a equivaler a los múltiples condicionantes (circunstancias) prácticas que rodean y determinan a los seres humanos, más allá de su propia voluntad.

9.8. Heinrich Dernburg (1829-1907)

- Dernburg sostiene que partiendo de la naturaleza de la cosa puede completarse el sistema jurídico, ya que las relaciones vitales llevan en sí mismas su orden y medida, más o menos desarrollados. La naturaleza de las cosas será, ni más ni menos, este orden inmanente en las mismas cosas. A ella tiene que recurrir el jurista cuando le falta una norma positiva o cuando ésta es poco clara o incompleta.

9.9. Francois Geny (1861-1959)

- Geny sostiene, tal y como expone Luis Recaséns Siches²²⁹, que el derecho es producto de la mezcla de dos componentes que se combinan entre sí para generarlo. Por un lado, estarán los *hechos reales*, a los que considera aquellos elementos cuya naturaleza proviene de situaciones fácticas; son conjuntos de datos que exigen el reconocimiento humano, no precisan de una acción creadora y pertenecen al mundo de la realidad independientemente de nuestra voluntad. Estos se amalgaman

²²⁹RECASÉNS SICHES, L., *op. cit.*, págs. 213-215.

para generar el derecho con otros ingredientes *artificiales*, elementos contingentes y variables que precisan para su construcción de la acción de los juristas. En el proceso intelectual de creación de las normas por los juristas, éstos habrán de tener en cuenta una serie de situaciones denominadas por Geny *datos*: datos reales o estrictamente naturales, datos históricos, datos racionales y datos ideales. Considerando en particular los *datos reales*, hacen alusión a condiciones de hecho perceptibles por observación en las cuales está inserto el ser humano: realidades físicas, biológicas (como el clima, la topografía, la altitud, longitud y latitud de donde se reside, la topografía...) y psicológicas (tradiciones, hábitos sociales, sentir religioso, etc.). También entran aquí los condicionantes económicos y las fuerzas políticas y sociales existentes, que influyen en la propia actividad humana. En estos datos residirá para Geny la naturaleza de la cosa, determinando (y condicionando) el entorno o marco de creación de las normas legales.

9.10. Eugen Ehrlich (1862-1922)

- Ehrlich (uno de los autores fundamentales del *Freirechtsbewegung* o Movimiento del Derecho Libre, junto con E. Fuchs y H. Kantorowicz) sostendrá que el libre descubrimiento del derecho no se opone a la ley. No hay contraposición entre el derecho positivo, la ley escrita y objetiva y el Movimiento del Derecho Libre. La función esencial del derecho no es la resolución de los conflictos, sino la institución de un orden pacífico interno, ínsito en las relaciones sociales de cualquier grupo humano. De tal manera que el centro generador del derecho, en cualquier época, debe ser buscado en la propia sociedad para la que se dictan las reglas, no en la legislación ni en la jurisprudencia, tampoco en la doctrina ni en el sistema de reglas. Las reglas que los propios

hombres, en su vida común, tienen por obligatorias son el derecho vivo, un derecho que no contradice al estatal, sino que lo complementa o puede (y debe) estar ínsito en sus mismas reglamentaciones.

9.11. Giorgio del Vecchio (1878-1970)

- Plantea la vigencia efectiva de las normas (para muchos, característica esencial del derecho positivo) como elemento accidental o externo al derecho: una normativa de derecho positivo, en un tiempo vigente, podrá no estarlo en un futuro y, sin embargo, no pierde su carácter de derecho positivo; de igual forma, una idea jurídica que hasta la fecha no se haya practicado, no conformando por ende normativa de derecho positivo y no encontrándose actualmente vigente, podrá estarlo en un futuro. En cuanto a la naturaleza de la cosa, Del Vecchio la considera como fuente del derecho, carácter que le viene dado por su equivalencia a los principios supremos del derecho natural comunes a la civilización occidental. A la hora de pasar a la concreción de tales principios, Del Vecchio apunta una serie de características del derecho natural: excluye todo elemento sobrenatural, sostiene que el hombre lo conoce puramente mediante su razón, sin el auxilio de información revelada, y al mismo tiempo se considera que es un derecho que atiende tan sólo a la consecución de los fines temporales del hombre. Asimismo, está por encima de toda intervención de los hombres, puesto que al proceder de la naturaleza humana, en la que se fundamenta, confiere a sus mandatos y prohibiciones un carácter de necesidad. Alude Del Vecchio a la *“conciencia de los pueblos”*, una realidad ontológica sobre la que opera el derecho y que debe ser tenida en cuenta por juristas y gobernantes adaptándose en su proceder al orden de la naturaleza y a los datos objetivos de la

cosa misma, de manera que la Ley no puede concebirse al margen de estos presupuestos so pena de conducir a los pueblos que se gobiernan o a las leyes que se dicten a resultados injustos, absurdos e inoperantes. Dicha realidad ontológica conducirá necesariamente hacia diferentes ordenamientos jurídicos dependiendo de los pueblos a los que se dirigen tales normativas, así como de las sociedades a las que trata de proporcionarse respuesta jurídica mediante tales reglamentaciones. Por ende, no pueden concebirse las normas al margen de la sociedad a la que se dirigen, porque las normas y quienes las crean han de tener en cuenta la realidad ontológica sobre la que operan, el “*real ser de la cosa*” o la naturaleza de la misma, y porque que de no hacerlo así conducen a resultados absurdos, inútiles y hasta contraproducentes con el fin para el que nacieron y fueron creadas.

9.12. Gustavo Radbruch (1878-1949)

- Postula Radbruch que, dentro del campo de la filosofía del derecho, la naturaleza del hombre es el factor constante y la naturaleza de las cosas el factor variable. Concibe la naturaleza de la cosa como la estructura u orden fundada sobre el valor, o sobre la significación vital, que corresponde a una situación jurídica concreta respecto a una idea jurídica específica. El derecho debe tener en cuenta la realidad ontológica sobre la que se va a operar, adaptándose a los datos objetivos de la cosa y al orden metafísico de la naturaleza, de manera que la Ley no puede desentenderse de tales realidades evidentes so pena de conducir a un resultado absurdo o injusto y ser por ello inoperante. Propone reducir el rígido dualismo entre ser y deber ser, entre realidad y valor, a la hora de considerar el tema que nos ocupa. Respecto a las “cosas” que habrán de ser tenidas en cuenta para no ejercer la labor

jurídica al margen de cuanto antecede, Radbruch entiende que hay tres tipos de “cosas”: los fundamentos naturales de la reglamentación jurídica, las preformas de la reglamentación jurídica y las reglamentaciones jurídicas existentes, datos con los que debe contar el legislador, como el Derecho Internacional, el Procesal, etc.

9.13. Theilhard de Chardin (1881-1955)

- Para el Jesuita De Chardin la evolución camina hacia un denominado *Punto Omega* al final del tiempo, en el cual se producirá la fusión de la creación con el Logos. Ese Punto Omega de convergencia final total de la evolución es lo que denomina el *Cristo Cósmico*, que nos atrae desde la eternidad y marca las pautas evolutivas hasta el momento sublime de fusión en la divinidad, en el que Cristo es centro de todos los centros. A partir de los postulados De Chardin (el cual no fue jurista), se plantea la posibilidad de construir una teología del derecho como punto omega de las ciencias jurídicas, donde el derecho se convierta en epicentro del desarrollo comunitario, tal y como señaló en páginas precedentes Abril Castelló. Los postulados del Theilhardismo, desde esta perspectiva, conducen hacia un tipo de agustinismo renovado, acorde con los tiempos presentes. El postulado clave sería *Ama et fac quod vis*, “Ama y haz lo que quieras”. El amor, como “aglutinador universal” en el camino hacia la unidad de los seres humanos.

Es importante traer a colación en este punto los denominados “*derechos humanos de tercera generación*”. Recuérdese brevemente lo expuesto en páginas precedentes sobre el tema; tal y como expone el profesor Juan Antonio Gómez, bajo tal denominación se agrupan una serie de derechos que persiguen *realizar el principio de solidaridad de una forma práctica*, efectiva, en el

momento actual fruto de las transformaciones acaecidas en el último cuarto del siglo XX. En cuanto al concepto de solidaridad, englobará diversos valores, como espíritu de cooperación y de sacrificio altruista en aras de hacer converger la pluralidad de intereses particulares en un fin común. Aquí convergerá la idea de dignidad de la persona, de cara a la interrelación entre diversas comunidades partiendo del reconocimiento de la más amplia igualdad entre seres humanos y de la identidad de problemas que nos afectan y decisiones necesarias para encarar su resolución en el ámbito internacional, en temas como la paz, el medio ambiente, etc. Ante la amplitud del actual marco globalizado, criterios tradicionales como la etnia, religión, nacionalidad, clase social, etc. carecen de sentido, teniendo que abordarse su resolución desde la perspectiva más amplia que ofrece la solidaridad y en una proporción superior a la escala de los Estados nacionales. Será la solidaridad la que permitirá hablar de comunidad de intereses a escala universal, y esta solidaridad no es sino otra manera de denominar el *amor práctico, activo y operante* de una manera efectiva en nuestro mundo.

Entre los diversos factores de origen histórico que han conducido a la compleja situación actual, citará Juan Antonio Gómez, entre otros condicionantes y como se indicó, la proliferación y el uso indiscriminado de las nuevas tecnologías, consecuencia de la denominada revolución tecnológica de los últimos treinta años; la crisis de legitimidad democrática del modelo clásico de Estado-nación en el contexto de la mundialización, dada la pérdida de importancia del Estado nacional en el contexto de la mundialización y la decreciente influencia de tal modelo de Estado como protagonista internacional o sujeto económico o político a la hora de conformar lo social; la crisis de garantías de los derechos de segunda generación, esto es, de los económicos, sociales y culturales en el

moderno Estado social, poniéndose de manifiesto la insuficiencia de los mismos para la consecución del principio de igualdad y la necesaria búsqueda de otros mecanismos político-jurídicos que cubran dichas necesidades, lo cual conduciría incluso a la realización práctica de tales derechos de tercera generación por vías diferentes a las vías institucionales clásicas (por ejemplo mediante las ONG). A la hora de enumerar un catálogo de derechos de tercera generación, al ser todavía una categoría difusa, no hay acuerdo en la doctrina, si bien pueden considerarse –entre otros– los más representativos: *el derecho al desarrollo* (será la enorme desigualdad entre países ricos y pobres la que genere la diferencia económica y de bienestar social entre personas de una u otra nacionalidad o que residan en diferentes países; todo ello conduce a los países más pobres a reivindicar su desarrollo económico en aras a conseguir una mayor igualdad de acuerdo con la dignidad que les corresponde), *el derecho a un medio ambiente saludable* (las graves agresiones medioambientales –tecnología nuclear y accidentes derivados de la misma, efecto invernadero, destrucción de la capa de ozono, procesos de desertificación, etc.– que ha sufrido el planeta en los últimos cuarenta años plantean la necesidad de actuar al respecto por encima de los intereses particulares de los estados, con el fin de garantizar las condiciones naturales necesarias para asegurar la existencia de la vida humana en la Tierra), y *el derecho a la paz* (la enorme capacidad de destrucción del armamento moderno y sus crueles efectos conducen a reconocer institucionalmente a la paz como valor social fundamental, base de toda vida y del desarrollo de la democracia. Este derecho implica la articulación de procedimientos sociales que garanticen la pacífica resolución de conflictos lejos del recurso a la violencia).

Volviendo a la concepción antedicha a fin de realizar de una manera práctica el principio de solidaridad o de considerar el

amor como aglutinador universal desde las perspectivas theilhardianas, se plantean dos ideas básicas: por una parte, lo que se hace a cualquier ser humano se hace a Cristo mismo. Por otra, la concepción del cristianismo como una realidad mucho más amplia que una mera concepción que postule un sistema moral o juricista; está incardinado, injertado en la historia, en dicha realidad siempre cambiante al igual que la naturaleza de la cosa. Asimismo, el ser humano es concebido como un fin en sí mismo. Pero vive en el mundo y depende del mismo en todos los órdenes. Y aunque sea libre, cada individuo vale igual que cualquier otro ser humano, constituyendo un centro personal entre otros muchos centros. Igualdad y equivalencia interpersonales: cada persona comparte con sus semejantes derechos y deberes recíprocos, que se integran entre sí de una manera cada vez más comprensiva y solidaria. Serán misiones del ser humano, desde los postulados del Theilhardismo, lograr la mejor explotación posible del mundo, alcanzar el mejor perfeccionamiento humano (personal y de los demás), tomar individualmente postura ante uno mismo, los semejantes y Dios, manifestando con la actitud personal la toma de conciencia ante lo divino ínsito en cada ser humano y en todo lo relativo a este, remitiendo por último a lo social, a la integración entre los seres humanos y a la totalización. De esta manera, la visión sociológica de Theilhard y su comprensión del fenómeno político está intrínsecamente unida a los procesos del propio ser, ya que, como se indicó, la socialización simplemente trata de continuar todos los procesos de la evolución o del ser.

Se contemplan asimismo diferentes estadios en el proceso hacia la unidad de los seres humanos, postulándose la socialización en su conjunto como un proceso total e irreversible hacia una síntesis ultrahumana, en la que se producirá una auténtica invasión por parte de los demás del ámbito vital de cada

uno. Pero tal proceso podría conducir paradójicamente hacia el aislamiento individual. Teniendo esto en cuenta, el aglutinador necesario para conducir a los seres humanos hacia la unidad deseada, la potencia de unión más perfecta, el agente de tal síntesis universal será el amor (o la solidaridad práctica, como se alude en los derechos humanos de tercera generación), concluyéndose que el camino hacia la plenitud humana efectiva constituye un proceso total, irreversible, que avanza sobre un eje o motor específicamente humano y conducente hacia un punto donde confluirán tanto lo social como lo jurídico. La razón última del derecho, como de lo social, se presenta como contribución a la cristogénesis, planteándose la cristología del derecho como parte de la teología del derecho, dentro de la filosofía del derecho. Asimismo la teología del derecho se postula como parte última de la teleología del derecho. Será aquí donde confluye la naturaleza de la cosa. Se planteó en páginas precedentes como el razonamiento teleológico era vía para extraer normas desde la naturaleza de la cosa. Al presentarse la teología del derecho como parte de la teleología del derecho, se infiere que *el razonamiento teleológico será vía de acceso tanto a la naturaleza de la cosa como a la teología del derecho*, y asimismo podrá concluirse que naturaleza de la cosa y teología del derecho constituyen diferentes enfoques para contemplar una única realidad. Abril Castelló planteará asimismo la teología del derecho como parte última de la filosofía del derecho y se referirá también a la cristogénesis como punto omega de la vida jurídica.

Para concluir, es importante recordar en esta referencia a Theilhard De Chardin y al Theilhardismo tal y como más arriba se referencia, que el iusnaturalismo ínsito en la teoría de la naturaleza de la cosa se fundamenta precisamente en la conciencia y en la capacidad del ser humano inserto en un mundo en constante movimiento y en las relaciones sociales y vitales que

tal dinamismo genera, superando conceptos metafísicos tales como principios supremos supuestamente existentes por encima de las relaciones de vida en los que se enraíza y fundamenta el derecho. Pero lo que se ha postulado no contradice tales aseveraciones, sino que las complementa, porque el propio ser humano, sus capacidades y la propia estructura de la realidad pueden estar así precisamente concebidas para conformar el camino hacia un punto de evolución mayor, sirviendo por ende a un fin último y superior que muy bien puede coincidir desde una perspectiva cristiana con el Cristo Cósmico al que señalan los postulados de Teilhard de Chardin, ese punto omega de la evolución en el que desde su particular visión todo volverá a confluir un día.

9.14. Adolf Reinach (1883-1917)

- Para Reinach la naturaleza de la cosa significa ante todo el conjunto de leyes apriorísticas que constituyen el soporte, la base del derecho. Así, el propio derecho viene determinado por ese soporte apriorístico (la naturaleza de la cosa) que necesariamente habrá de tener en cuenta.

9.15. Max Gutwiller (1889-1989)

- Gutwiller afirma, refiriéndose al juez, que si un ordenamiento jurídico no prevé una categoría jurídica y ni la analogía al derecho consuetudinario o a la doctrina aceptada, ni la interpretación extensiva le sirven a la hora de vincular una decisión, el juez habrá de sopesar su pensamiento jurídico de forma libre en la balanza de la naturaleza de la cosa (véanse a continuación las tesis de Kantorowicz y de la Escuela del Derecho Libre).

9.16. Alberto Asquini (1889-1972)

- Asquini considera la naturaleza de las cosas como fuente del derecho, y la define como "...la representación que la conciencia humana hace de la función de las relaciones sociales y de sus exigencias económicas"²³⁰. Respecto a los principios generales del derecho, sostiene que éstos, verdades generales comunes a todo derecho, serán dictados por la propia razón humana la cual los extrae de la naturaleza de las cosas. Asimismo, considera al ser humano como una parte de dicha naturaleza de las cosas²³¹.

9.17. H. Kantorowicz (1895-1963)

- Kantorowicz confiere al juez en un pasaje de *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (de los más citados y criticados de la *Freirechtsbewegung*) la facultad de resolver arbitrariamente en casos desesperadamente complicados o dudosos. Tal y como afirma Kantorowicz, la jurisdicción es principalmente, y debe seguir siéndolo, misión del Estado. Por ello se exige que el juez resuelva el caso con arreglo al texto unívoco de la ley. Sin embargo, el juez puede y debe prescindir de la Ley si le parece que ésta no le ofrece una decisión carente de dudas, o si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento de fallo habría dictado la resolución que la Ley reclama. En ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado si se le hubiera planteado el caso en cuestión, y si no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará en el derecho libre, dejando abierta la posibilidad de que

²³⁰RECASÉNS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de las cosas y lógica "razonable"*, Universidad Autónoma de México, 1971, pág. 227.

²³¹RECASÉNS SICHES, L., *op. cit.*, pág. 227.

el juez deba resolver arbitrariamente para casos desesperadamente complicados o dudosos sólo en aspecto cuantitativo. La tesis de Kantorowicz obtuvo amplia resonancia a principios del siglo XX por aquellos partidarios de un “derecho libre” que rechazaron el principio clásico legalista, los cuales sostendrán que en todo derecho estatal existen lagunas y vacíos, que habrán de ser completados con criterios jurídicos no formalistas. Así, el Movimiento del Derecho Libre reclamará libertad para el juez, libertad para salvar las posibles lagunas de la Ley dictando sentencia de acuerdo a ese sentido de justicia real antedicho, propio de un pueblo concreto en un determinado momento histórico; ahí reside la naturaleza de la cosa. El problema será la subjetividad del juez y el riesgo de inseguridad jurídica que conlleva tal subjetividad. Pese a ello, este movimiento (del que H. Kantorowicz es referencia fundamental) aporta dos concepciones interesantes: por un lado, la invocación a un derecho libre, un derecho vivo o vivido por los miembros de la comunidad, compatible con el derecho estatal y latente en las personas y su comunidad. Por otro, presenta una nueva visión de los juristas, no ya como esclavos de la Ley sino como descubridores del derecho que vive en la comunidad y como transcriptores del mismo, ya han de descubrir y aplicar un derecho que está presente en su propia conciencia y del que, por ende, forman parte.

9.18. Leon Husson (1897-1974)

- Husson, tal como expone Francisco Puy²³², realiza un análisis encaminado a probar que se puede entender por naturaleza de la cosa, desde una perspectiva sociológica, las exigencias impuestas

²³²PUY MUÑOZ, F. de P., “El derecho y la naturaleza de las cosas”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1966, pág. 80.

al jurista por el fenómeno social si busca conocer el modo en que puede modificar dicho fenómeno social. Llega a afirmar que la naturaleza de la cosa consiste en análisis estructural de los tipos en los que en forma general puede presentarse el hecho jurídico, ya que el jurista tiene como misión dirigir el fenómeno social, y para ello ha de conocer su naturaleza, esto es, sus estructuras, concluyendo dichas estructuras, las leyes sociales, los hechos, condicionarán objetivamente y desde fuera el fenómeno jurídico.

9.19. S.S. El Papa Pablo VI (1897-1978)

- De nombre secular Giovanni Battista Enrico Antonio María Montini, publica en 1967 la Encíclica *Populorum progressio*, en la que aborda el desarrollo de los pueblos, dejando la consigna de caminar por la vía del desarrollo con toda la inteligencia y todo el corazón²³³, sosteniendo que la verdad originaria del amor de Dios es lo que abre nuestra vida al don y hace posible esperar en un desarrollo de todo el hombre y de todos los hombres²³⁴, en el tránsito de condiciones menos humanas a condiciones más humanas²³⁵. La Iglesia, en todo su ser y obrar, cuando anuncia, celebra y actúa en la *caridad* tiende a promover el desarrollo integral del hombre. Esa *caridad*, otra manera de denominar la solidaridad efectiva (eje de los derechos de los pueblos) o el amor de *facto*, práctico y operante, es el concepto al que se alude en diversas partes de esta tesis como condimento necesario para lograr una verdadera mundialización positiva para el desarrollo de todos los seres humanos, el cuidado y respeto del medio

²³³ SEBÁ LÓPEZ, H., *Carta encíclica "Populorum Progressio"*. *Guía de lectura y estudio de Hernando Sebá López*, Sociedad de San Pablo, 1ª edición, 2006, Cf. 16.

²³⁴ SEBÁ LÓPEZ, H., *op. cit.*, Cf. 42.

²³⁵ SEBÁ LÓPEZ, H., *op. cit.*, Cf. 20.

natural y el verdadero progreso de la humanidad, por encima de las múltiples esclavitudes generadas por la economía globalizada o los modelos económicos de producción. Finalmente, en la *Populorum progressio* Pablo VI subraya repetidas veces la urgencia de reformas²³⁶ y pide que se actúe con valor y sin demora ante los grandes problemas de injusticia que afectan al desarrollo de los pueblos. Para concluir con las propias palabras del Papa, “*La solidaridad universal, que es un hecho y un beneficio para todos, es también un deber*”²³⁷.

9.20. G. Bastide (1901-1969)

- Bastide sostendrá que la naturaleza no sirve como criterio jurídico porque naturaleza, vida e historia lo justifican todo y lo contienen todo; la naturaleza es amoral y las exigencias apriorísticas del *factum juris* no derivan de la naturaleza, sino de la conciencia (razón). Considera la naturaleza de la cosa como una totalización falsa por la que se identifica lo sociológicamente jurídico-moral con lo normal, y lo normal con lo natural; es decir, una totalización por la que sucesivamente se va identificando, en saltos ilógicos, lo que ocurre con frecuencia, con lo que ocurre normalmente, con lo que ocurre según norma, con lo que ocurre porque tiene que ocurrir, con lo que ocurre porque debe de ocurrir. La objeción de Bastide viene a considerar finalmente la naturaleza de la cosa como el intento infructuoso de extraer el ser del deber-ser. Al respecto, véase lo referido en la crítica a los postulados de Ernesto Garzón Valdés en el apartado dedicado al mismo.

²³⁶ SEBÁ LÓPEZ, H., *op. cit.*, Cfs. 3, 29, 32.

²³⁷ SEBÁ LÓPEZ, H., *op. cit.*, Cf. 17.

9.21. Erich Fechner (1903-1991)

- Fechner tratará de los factores reales del derecho, que desempeñarán un papel de elementos de control o de delimitación similar al de las estructuras lógico-objetivas de Welzel. Considerará el derecho como un fenómeno social, que como tal está sujeto a las legalidades del mundo real, verdaderos “factores reales” que influyen y condicionan la estructura del derecho, los cuales serán de tipo económico, político o biológico. Respecto a este último tipo de factores condicionantes de tipo biológico, entiende que serán un componente determinante que se encuentra más allá de lo arbitrario, pues en gran manera se hallan fuera del alcance del ser humano y lo determinan. De igual forma, sostiene que cuando el ser humano intenta rebelarse contra las leyes de la naturaleza, entra en lucha con los principios a los cuales debe su existencia como tal, conduciendo todo actuar contra la naturaleza a la propia destrucción. Los factores reales del derecho tendrán un doble carácter: por un lado, son previsibles (su previsibilidad permite ordenar las relaciones humanas de tal manera que armonicen con los datos proporcionados por la biología). Por otro, son coactivos. Finalmente, distinguirá Fechner entre estos factores reales y la naturaleza de la cosa, ya que ésta haría referencia no sólo a algo objetivo, sino también al sentido de una relación vital, sentido que depende de la idea de derecho y donde está presente un elemento subjetivo imposible de eliminar. Así, el concepto de naturaleza de la cosa será más amplio que los factores reales del derecho o las legalidades del mundo real, extendiéndose al sentido (subjetivo) de la idea de derecho.

9.22. Karl Larenz (1903-1993)

- Karl Larenz va más allá de los postulados de Heinrich Dernburg, Herbert Schambeck y Max Gutzwiller, sosteniendo respecto de la naturaleza de la cosa que es fuente de conocimiento para la ciencia del derecho y para la jurisprudencia de nuestro tiempo.

9.23. Luis Recaséns Siches (1903-1977)

- Recaséns Siches defiende la existencia real de criterios o principios partiendo de los cuales el derecho tratará de ordenar la vida social. Tales principios o criterios, integrados por una multiplicidad de ideas, de creencias, de juicios de valor y de valores, son latentes y perduran en un grupo social, formando asimismo parte de su cultura.

9.24. Hans Welzel (1904-1977)

- Welzel formula el concepto de “estructuras lógico-objetivas”, similar en cierto modo al de naturaleza de las cosas; tales estructuras están dadas de antemano al legislador y fijan los límites de su libre actividad creadora. Asimismo, son materiales y objetivas, existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior una vez conocidas. Finalmente, son lógicas porque su inobservancia trae consigo contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico. Jugarán el papel de limitaciones negativas para el actuar del legislador, que no puede dictar leyes cuya realización sea físicamente imposible. Para Welzel la superación del positivismo no se encuentra en la remisión a un derecho “suprapositivo” sino en la referida elaboración de aquellas estructuras lógico-objetivas insertas en la materia jurídica, las cuales son preliminares a toda regulación positiva, actuando como limitación negativa a la labor del legislador.

9.25. Henri Batiffol (1905-1989)

- Sostiene Batiffol que la naturaleza del hombre puede indicar las tendencias cuyo desarrollo es necesario favorecer en él. La naturaleza de las cosas, principalmente en las situaciones sociales en las que se encuentra el hombre, da también indicaciones sobre lo que conviene hacer para que la vida social se desarrolle y sea conveniente para los que participan en ella.

9.26. Norberto Bobbio (1909-2004)

- Norberto Bobbio reconoce expresamente la importancia de la revalorización de la noción de naturaleza de las cosas, a pesar de las limitaciones que en su opinión tiene el concepto y que se concreta a continuación. Para Bobbio, la concepción general del derecho según la cual éste es una *técnica para la convivencia social* será, entre toda posible concepción del derecho, la más convincente. Concreta así el fin último de las normas jurídicas, que sirven como medio de regulación, como forma o manera de propiciar una convivencia entre ciudadanos más justa. La teoría de la naturaleza de las cosas aporta aire fresco en esta concepción. Pero esta conclusión requirió un proceso evolutivo en el pensamiento de este autor sobre la teoría de la naturaleza de la cosa. En un tiempo, Bobbio sostiene una postura radical respecto a la naturaleza de la cosa, considerándola inoperante en derecho por incompatibilidad con el positivismo jurídico. Posteriormente, el mismo Bobbio extrae otras consecuencias, concediéndole una validez que pone entre paréntesis y reduciendo la teoría hacia una nueva forma de plantear la interpretación teleológica de la norma jurídica. Finalmente, concebirá la naturaleza de la cosa como el respiradero más arriba indicado, que aporta aire fresco en la correcta comprensión de la labor de jueces y legisladores, esto

es, poderes legislativo y judicial. Pero el reconocimiento anterior no está exento de condiciones: plantea que la teoría de la naturaleza de las cosas *“reconozca sus propios límites y no pretenda abrir todas las puertas”*, así como que la noción difusa de naturaleza de las cosas ha de tener un significado técnico riguroso, más allá de una fórmula sugestiva; tiende a creer que el razonamiento teleológico es el procedimiento empleado para obtener reglas de la naturaleza de las cosas y propone la sustitución de la demasiado vaga expresión a su juicio de *“naturaleza de las cosas”* por la de *“función económico social”* de una institución.

Ya en su día otros autores sostuvieron que sería la razón humana la que, enfocada en una búsqueda que trate de aportar soluciones a los problemas jurídicos de la sociedad, generaba el derecho. Desde la concepción del propio Bobbio, se postula el razonamiento teleológico como método para obtener reglas de la naturaleza de las cosas. Se vuelve así a la posición teleologista aristotélica, que busca la comprensión racional de las cosas partiendo de la observación (*verstehen*). Es el método inductivo-deductivo, inductivo para formular un principio explicativo general y deductivo para enunciar las causas del fenómeno, en particular su *telos*, la finalidad de la cosa en cuestión, su entelequia, su perfección de acuerdo con su naturaleza.

La propuesta de Bobbio continúa orientando hacia la sustitución del término *“naturaleza de las cosas”* por la función económico-social de una institución. En primer lugar, atiende esta propuesta al término *“función”*, esto es, *“servicio”*, *“utilidad”*; en lo referente a las instituciones, alude a su razón de ser, concretamente a su utilidad económica (referida a la escasez de recursos y el estudio de la mejor manera de distribución de los mismos para satisfacer las necesidades colectivas) y social (aludiendo a su orientación a favor de los ciudadanos,

promoviendo servicios y garantizando los derechos esenciales que permitan mantener el nivel de vida necesario para participar plenamente como miembro de la sociedad). Hacia una perspectiva deseable del ciudadano integrado social, económica y culturalmente, así como a la labor estatal de promover en forma activa dicha integración se entiende que apunta Norberto Bobbio al plantear la sustitución del término “naturaleza de las cosas” por la función económico-social de una institución, en particular las instituciones y poderes públicos, que han de garantizar tales derechos recogidos en textos constitucionales como el de nuestra actual Carta Magna.

No ha de olvidarse, sin embargo, que tal y como se indica al abordar las posiciones de Werner Maihofer, si bien la naturaleza de la cosa puede entenderse como sinónima de función económica y social de las instituciones en línea con los postulados de Bobbio, para Maihofer ha de ser considerada como investigación de tal función en lo *concreto y particular*, centrados en los *“exclusivos datos que proporciona la situación”*, no como *“función general en el mundo y la vida”*; será en las situaciones concretas, dimanantes del sentir común social, donde podrá apreciarse de forma certera la naturaleza de la cosa.

9.27. Helmut Coing (1912-2000)

- Coing considera que existe un “orden permanente en las cosas sociales” que impone al legislador su propia legalidad. En cualquier relación social, en cualquier institución es posible descubrir leyes permanentes. El legislador ha de descubrir mediante la razón dicho orden que subyace en la naturaleza de las cosas, concepto que engloba por una parte la naturaleza del hombre, sus capacidades naturales, sus impulsos, sus objetos volitivos, etc., tal como se presentan en las diversas edades de su

vida. Por otra, incluirá además en sí la característica objetividad propia de los diversos ámbitos de actividad y de las diversas comunidades del hombre. En cuanto a la justicia y a lo justo, será lo que se corresponde con el *ser*, conduciendo la naturaleza de la cosa al posible establecimiento de un orden ético dotado de coactividad estatal. Por último, Coing formulará una serie de principios que considera de contenido necesario de todo orden jurídico; si bien en opinión de autores como Welzel tan solo hipostasía los deseos políticos de su época o de su persona en proposiciones eternas de derecho natural, o en la de Garzón Valdés únicamente formula un catálogo de principios aceptados por casi todas las constituciones de los países occidentales y en la Carta de Naciones Unidas, ha de colegirse que mientras esos principios se adecúen y correspondan a la realidad social del tiempo en que las normas que los contienen deban aplicarse, serán verdadero contenido necesario de todo orden jurídico como Coing planteó, ya que más allá de ser meros deseos políticos de una época o de una persona, realmente dimanen de la naturaleza de la cosa, de ese “ser de la cosa” o realidad ontológica sobre la que el derecho opera.

9.28. Eustaquio Galán Gutiérrez (1913)

- Galán Gutiérrez achaca a la naturaleza de la cosa consistir en una formulación novedosa del clásico iusnaturalismo metafísico-panteísta, el cual se ha quedado a medio camino en su empeño de despertar una fundamentación metafísica del derecho²³⁸.

²³⁸PUY MUÑOZ, F. de P., “El derecho y la naturaleza de las cosas”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1966, págs. 85 y 86.

9.29. Imre Szabó (1914)

- Sostiene el profesor Szabó, en relación con la teoría socialista, que ésta desconoce a la naturaleza de la cosa y que pese a tal desconocimiento la referida teoría funciona de hecho en ella. Concibe este autor la naturaleza de la cosa como el reconocimiento de los condicionamientos que la estructura económico-social pone desde abajo a las superestructuras jurídicas. Para Szabó la teoría socialista del derecho puede perfectamente reconocer la naturaleza de la cosa entendida como el método de descubrir en qué momentos y estratos sociales surge el derecho, así como el conocimiento sociológico de las estructuras sociales. De tal manera, la naturaleza de la cosa equivale a las leyes económico-sociales del hecho jurídico, constituyendo la apelación a la naturaleza de las cosas a la invocación al conjunto de fenómenos sociales antitéticos de cuya síntesis es producto el derecho.

Considerando lo que aporta este pensador, las circunstancias y condicionamientos sociales, o mejor económico-sociales actuarán a modo de presupuestos que determinarán a posteriori y desde abajo las superestructuras jurídicas, concibiéndose desde dicha perspectiva al derecho como una síntesis, una respuesta lógica o un producto de tales fenómenos sociales los cuales constituirán la naturaleza de la cosa.

9.30. Werner Maihofer (1918-2009)

- Para W. Maihofer y la jurisprudencia de conceptos, la naturaleza de la cosa viene a ser el conjunto de condiciones lógicas que determinan el sistema jurídico, la fuerza lógica de los conceptos jurídicos. Maihofer sostuvo la posibilidad de fundar un derecho

natural existencial sobre la naturaleza de las cosas, entendiendo por cosas las relaciones intersubjetivas y las relaciones del hombre con el mundo objetivo. La naturaleza de la cosa, de esta manera considerada, será también fuente del derecho y pauta o criterio de justicia. Para Maihofer la naturaleza de la cosa consistirá en el análisis de la estructura concreta de una concreta relación social, con el fin de descubrir aquellos valores que conforman los intereses de los individuos parte de la misma.

En cuanto a la postura de este pensador sobre el razonamiento teleológico y su aplicación a la teoría de la naturaleza de la cosa, Maihofer postulará una interpretación finalista de la situación existencial, concluyendo que a la hora de inferir una norma a partir de una situación concreta, se hará teniendo en cuenta exclusivamente los datos que proporciona la situación en cuestión, dejando al margen cualquier premisa general de corte metafísico que implique concepción alguna sobre la vida o el mundo. Por cuanto antecede, si la naturaleza de la cosa puede entenderse como sinónima de función económica y social de las instituciones tal y como propone Norberto Bobbio y se expone en el apartado dedicado al mismo, para Maihofer tal función social de una institución ha de ser considerada no como *“función general en el mundo y la vida”*, sino como investigación de tal función en lo concreto y particular, centrados en los *“exclusivos datos que proporciona la situación”*, aludiendo a situaciones concretas en sentido estricto y no a cuestiones generales de derecho público.

Con respecto a las *“cosas”* de cuya naturaleza emanan principios inspiradores de normativa jurídica, Maihofer apuntará hacia la *naturaleza humana* en particular, y hacia la *natura* en sentido amplio desde una perspectiva general, al estar conectada con el ser humano. Es importante resaltar el concepto que

presenta a la naturaleza humana libre, consciente e ilógica, no sometida por su propia esencia a postulados inamovibles, pues sigue la evolución que la empuja hacia un mayor bien, hacia su entelequia y perfeccionamiento; las reducciones practicadas a la naturaleza de la cosa, tendentes a considerarla en exclusiva como razón lógica, como valor ideal, como dato económico o sociológico, esto es, en *abstracto*, conducen a un iusnaturalismo idealista y racionalista, distinto del derecho natural *concreto*, de contenido variable, ínsito en la naturaleza de la cosa.

9.31. S.S. El Papa Juan Pablo II (1920-2005)

- De nombre secular Karol Józef Wojtyła, conmemora la publicación de la Encíclica *Populorum progressio* de Pablo VI con la *Sollicitudo rei socialis* al cumplirse el vigésimo aniversario de la primera. Con la Encíclica *Centesimus annus*²³⁹, señala la necesidad de un modelo económico fundado en tres instancias: el Estado, el mercado y la sociedad civil²⁴⁰, considerando que éste último ámbito es el más adecuado para una *economía de la fraternidad*, de la gratuidad, ya que, como comenta al respecto el Papa Benedicto XVI en su Encíclica *Cáritas in veritate*, no se puede dejar la solidaridad en manos del Estado²⁴¹, ya que consiste en una

²³⁹ JUAN PABLO II, *En el centenario de la "Rerum Novarum": carta encíclica "Centesimus Annus"*, Biblioteca de Autores Cristianos, 1991.

²⁴⁰ JUAN PABLO II, *op. cit.*, Cf. 35.

²⁴¹ "...Hoy podemos decir que la vida económica debe ser comprendida como una realidad de múltiples dimensiones: en todas ellas, aunque en medida diferente y con modalidades específicas, debe haber respeto a la reciprocidad fraterna. En la época de la globalización, la actividad económica no puede prescindir de la gratuidad, que fomenta y extiende la solidaridad y la responsabilidad por la justicia y el bien común en sus diversas instancias y agentes. Se trata, en definitiva, de una forma concreta y profunda de democracia económica. La solidaridad es en primer lugar que todos se sientan responsables de todos; por tanto no se la puede dejar

responsabilidad mutua y recíproca entre seres humanos. Así, la actividad económica globalizada precisa, *necesita de la gratuidad* para fomentar la solidaridad y justicia en una economía de fraternidad, como señaló Juan Pablo II.

Históricamente, tras el derrumbe de la política de “bloques contrapuestos” y de los sistemas económicos y políticos comunistas en Europa Oriental, postuló un replanteamiento de los modelos de desarrollo, apuntando en 1987 a la misma existencia de los denominados bloques como una de las primeras causas del subdesarrollo, y en 1991 proponiendo que el fin de los citados bloques se correspondiera con un nuevo modelo global de desarrollo, tanto para Occidente como para los países de Europa Oriental²⁴². Como el propio Benedicto XVI lamenta, esto ha ocurrido sólo en parte y continúa siendo un deber llevarlo a cabo, “...tal vez aprovechando precisamente las medidas necesarias para superar los problemas económicos actuales”²⁴³.

9.32. John J. Carswell Smart (1920–2012)

- Para Carswell Smart, ninguna regla moral puede ser deducida puramente desde consideraciones científicas. La ciencia puede ser capaz de decirnos qué medios conducen a qué fines, pero no puede concretarnos cuáles son los fines que se deben perseguir.

solamente en manos del Estado. Mientras antes se podía pensar que lo primero era alcanzar la justicia y que la gratuidad venía después como un complemento, hoy es necesario decir que sin la gratuidad no se alcanza ni siquiera la justicia. Se requiere, por tanto, un mercado en el cual puedan operar libremente, con igualdad de oportunidades, empresas que persiguen fines institucionales diversos”. En BENEDICTO XVI, *Carta Encíclica Caritas in Veritate del Sumo Pontífice Benedicto XVI*, Librería Editrice Vaticana, 2009, Cf. 38.

²⁴² BENEDICTO XVI, *op. cit.*, Cf. 23.

²⁴³ BENEDICTO XVI, *op. cit.*, Cf. 23.

Al respecto, valga lo expuesto contra tales planteamientos en el apartado en el que se consideran los postulados de Ernesto Garzón Valdés.

9.33. Günter Stratenwerth (1924)

- Stratenwerth recoge la expresión de “estructuras lógico objetivas” de Welzel, señalando que tales estructuras lógico-objetivas son datos ónticos que bajo un determinado punto de vista se destacan como esenciales. Coincidirá con Welzel al afirmar que la decisión acerca de los valores que una norma jurídica realiza es “originaria e indeductible” pero sostiene que va más allá, llegando a afirmar que sería una equivocada interpretación considerar que la naturaleza de la cosa con su referencia a los puntos de vista rectores es capaz de admitir cualquier valoración, ya que existe una relación indisoluble entre un determinado punto de vista valorativo y la correspondiente estructura objetiva.

9.34. Mariano Hurtado Bautista (1924-2014)

- Para Hurtado, la naturaleza es concreta y dinámica, únicamente aprehensible en la existencia y dentro de ésta en las relaciones existenciales concretas²⁴⁴. Al respecto, véanse los postulados de Maihofer conducentes a rechazar las pretendidas conclusiones iusnaturalistas dimanantes de visiones parciales o *abstractas* de la naturaleza humana, postulando que será en los momentos *concretos* de la existencia del ser humano, que será donde se manifieste la naturaleza humana con toda su plenitud.

²⁴⁴ PUY MUÑOZ, F. de P., “El derecho y la naturaleza de las cosas”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1966, pág. 92.

9.35. Jean Louis Gardies (1925-2004)

- Para Gardies el derecho es, desde un punto de vista lógico, un sistema de reglas deducidas de un principio o unos principios arbitrariamente elegidos, hipotéticos, y la apelación a la naturaleza de la cosa no puede ser un acudir a tales principios materiales, siempre arbitrarios, sino que ha de ser apelación a la fuerza de la lógica formal con que se imponen supuestos axiomas y determinados postulados, concluyendo que la apelación a la naturaleza de la cosa ha de ser apelación a tal fuerza lógico-formal y consistiendo la única naturaleza de las cosas que acredita la experiencia jurídica en la naturaleza lógico-formal del propio sistema jurídico.

9.36. S.S. El Papa Benedicto XVI (1927)

- De nombre secular Joseph Aloisius Ratzinger, para el Papa Benedicto XVI es en la conciencia individual donde da comienzo la vida social auténtica. Asimismo, la enseñanza de la Iglesia tendrá su punto de apoyo en dicha conciencia; será esta conciencia individual primero y social después o viceversa, la que impulse a la plasmación en normas positivas, de vigencia temporal efectiva, de aquellas otras normas que más allá de ser un pretexto ideológico son verdadero derecho, un derecho no vigente pero camino de realizarse, de concretarse o plasmarse físicamente en ordenamientos directamente vinculantes y exigibles porque dimanen de ese sentir social que se ha venido a denominar naturaleza de la cosa. S.S. Benedicto XVI continúa apelando a la dignidad de la persona y a la ley natural como garante de la libertad y de los derechos fundamentales del ser humano, los cuales constituirán un límite positivo a la hora de legislar, juzgar o gobernar como se ha expuesto en esta tesis.

En su encíclica *Caritas in veritate* Benedicto XVI sostiene que *"La economía tiene necesidad de la ética para su correcto funcionamiento; no de una ética cualquiera, sino de una ética amiga de la persona"*; la economía precisa de la ética, una ética centrada en el ser humano, en su promoción y desarrollo, que anteponga a la persona frente a cualquier otro tipo de intereses (fundamentalmente económicos). En la misma encíclica sostiene, aludiendo a la relación entre el ser humano y el medioambiente, que el ambiente natural *"...es un don de Dios para todos, y su uso representa para nosotros una responsabilidad para con los pobres, las generaciones futuras y toda la humanidad (...). La naturaleza es expresión de un proyecto de amor y de verdad"*. Un proyecto que habrá que saber leer y respetar de acuerdo con lo indicado al considerar la figura de San Francisco de Asís en la presente cronología y al abordar el tema de los derechos humanos de tercera generación y la mundialización en el capítulo IX.

9.37. Ernesto Garzón Valdés (1927)

- Garzón Valdés concluirá negando la posibilidad de extraer de la realidad de las cosas juicios de valor desde la perspectiva del razonamiento lógico, tal y como ya objetara Bastide entre otros. Sostiene Valdés que el derecho seguirá siendo una ciencia normativa, y las ciencias empíricas del hombre lo único que pueden hacer es determinar el ámbito de lo posible y proporcionarnos los medios adecuados para lograr nuestros fines, consistiendo la labor del jurista en determinar lo que debe ser, no lo que es; en formular un juicio de valor sobre lo que debe ser, juicio que constituirá una proposición que no puede ser extraída del ser, esto es, de la propia realidad de las cosas.

Al respecto y críticamente con tales posiciones, cabe alegar que hay muy diferentes tipos de "cosas", que en el caso que nos

ocupa el concepto alude a la realidad social, esto es, al sentir común de personas, de seres humanos que se rigen por sus propias conciencias individuales y se comportan de manera diferente ante unos mismos estímulos (lo cual implica una diferencia sustancial a la hora de abordar el tema, como es diferente la metodología que ha de aplicarse en el estudio del comportamiento humano –campo de las ciencias sociales– frente al proceso que hace crecer una semilla –campo de las ciencias naturales–); no puede aplicarse la misma y rígida separación entre ser y deber ser, entre realidad y valor, cuando se analiza el comportamiento de una semilla que al proceder a analizar el comportamiento humano, ya que no se habla de iguales “cosas”. La misma naturaleza rectamente entendida, que apriorísticamente puede considerarse amoral (tal como afirma Bastide), comporta el valor, quiere decir el bien, y no lo contiene todo ni lo justifica todo, como sostiene Francisco Puy; en palabras de este último, el bien al que tiende el ser no es algo ajeno a sí mismo en sentido ontológico. No lo puede ser. Es algo que está ya en él como posibilidad, como potencia y susceptible de convertirse en ser en el acto. Por ello, la “cosa” en concreto, el sentir común social de un grupo humano, la realidad social del mismo, no son ajenos (ni mucho menos) a la moralidad. Ni a la historia, porque el grupo está *vivo*, sometido al tiempo y a la evolución. Cuando una conducta brota de la naturaleza *humana* en concreto, esta puede ser enjuiciada, pues el ser humano está dotado de *conciencia*, es *libre* para obrar en consonancia o no con la misma y habrá de responder por sus actos realizados con pleno entendimiento y voluntad, campo en cuya consideración entra de lleno el derecho. El sentir social común de los grupos humanos, de los pueblos en concreto, se manifiesta empírica y prácticamente en su comportamiento externo fruto del devenir cotidiano y es mensurable entre otras formas mediante procedimientos de

participación social (más aun en la actualidad, donde las nuevas tecnologías eliminan infinidad de barreras antes insalvables dentro de los procesos de comunicación de grupos humanos, acercando más que nunca a las personas y facilitándoles sistemas de participación y comunicación directos y rápidos). La misma realidad social no es algo abstracto o acabado, sino que está *haciéndose*, se encuentra en desarrollo permanente, como el propio ser humano que la genera (contémplese el supuesto de la esclavitud, considerada válida en el derecho romano). Dicho *ser* social, sometido al tiempo y a la historia, puede ser objeto de procedimientos para determinar su orientación, su sentido y su concordancia con lo justo, pero no con un concepto abstracto de justicia, sino con un sentido de justicia que emane de la realidad social ínsita en las relaciones vitales que se generan en una sociedad determinada, como se apuntó en el apartado segundo de este capítulo. Ahí tendrá plena cabida la naturaleza de la cosa, incardinada en las circunstancias vitales, comprendiendo el ser histórico de la persona y el del grupo del que dimana, su aspecto ontológico que se actualiza permanentemente en tanto que sujeto histórico y que no puede quedar reducido exclusivamente a consideraciones epistemológicas, constituyendo tal sentir común social dimanante de la realidad punto de partida de un derecho vivo de contenido sociológico (usando la terminología de Ehrlich) que, no tiene por qué contradecir a la norma estatal, antes bien, ha de ser guía de la misma desde una perspectiva evolutiva.

Plantea asimismo Garzón Valdés la posibilidad de que la naturaleza de la cosa sea utilizada para sostener postulados tales como los que encumbraron al III Reich en Alemania. Como el mismo Valdés señala, tales visiones de la naturaleza de la cosa no hacen más que distorsionar, enfocar desde una perspectiva inversa y deformada lo que realmente persigue la doctrina de la naturaleza de la cosa, que desde la perspectiva que se presenta en

esta tesis consiste en un derecho natural de contenido sociológico, no abstracto sino concreto, vinculado a la realidad desde una perspectiva objetiva, que propicie el ajuste entre ordenamiento jurídico y sentir común social, lo que se manifestará, entre otras cosas, en la interpretación de las normas por jueces y tribunales de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas. Efectivamente, puede ocurrir que el sentir común de los individuos que constituyen una nación se desvirtúe, se degenera hasta el punto de reclamar (o querer elevar a principio de rango legislativo), amparándose en la naturaleza de la cosa, posturas tales que amparen, por ejemplo, el genocidio selectivo de otros individuos por el hecho de su diferencia con los patrones establecidos por su grupo. Ante tales supuestos, ha de considerarse que el derecho no puede desvincularse de la realidad, y los grupos humanos regidos por el mismo ya no están aislados en la actualidad. Hoy en día ha de tenerse en cuenta más que nunca la realidad social global a la hora de concretar el derecho en normativa, así como los derechos fundamentales que asisten y corresponden a los seres humanos por el hecho de serlo; no se tratará de contemplar la realidad desde planteamientos abstractos, ni de centrarse en la misma desde una perspectiva aislada, sino de alcanzar una visión de lo real que no pierda de vista el macro-fenómeno jurídico. El supuesto retorno del derecho natural postulado por la naturaleza de la cosa no deriva de unos teóricos principios supremos y abstractos, ajenos al ser humano, sino del propio ser humano y de sus relaciones de vida. Ahí está la "cosa". Dichas relaciones contienen un orden ínsito en las mismas, pero tal orden puede desvirtuarse, "degenerarse", y no sólo en un individuo, sino que tal degradación puede llegar a alcanzar a un grupo humano. En ese caso, ha de analizarse la cuestión de si se considera que derivarán de la naturaleza de la

cosa los postulados que puedan dimanar de las relaciones de vida de tales individuos. Caben dos respuestas a tal pregunta.

Habrá quien entienda que no derivarán de la naturaleza de cosa, ya que la naturaleza tiende hacia su perfeccionamiento, hacia el bien mayor al que pueda aspirar en cuanto a tal y los planteamientos antedichos no conducen en esa dirección, pudiendo considerarse al respecto la premisa que en su día formulara Santo Tomás de Aquino, el cual niega cualquier realidad metafísica al mal al concebirlo como *ausencia de bien* o como privación (idea que procede el pensamiento de Plotino y que había sido recogida, con modificaciones, por San Agustín), particularmente en la Suma teológica. Por tanto, una supuesta naturaleza que tienda contra su entelequia se conduce contra su esencia, tiende hacia su autodestrucción y podrá considerarse, más que naturaleza, como ausencia de ésta, al igual que el “mal” no sería sino la ausencia de “bien” desde una perspectiva tomista, la oscuridad constituiría la carencia de luz o el frío consistiría en la ausencia de calor. A semejanza de un cuerpo humano que yace inerte, privado del hálito vital; el ser humano que constituía, dotado de entendimiento y voluntad, ya no ocupa dicho cuerpo, al estar ausente la vida.

Pero si se entiende que efectivamente derivarían de la naturaleza de la cosa aquellos postulados antedichos, la “cosa” en cuestión, esto es, las relaciones de vida humana que generasen normas contra natura, contra los derechos fundamentales inherentes a la especie, se entienden degeneradas o arcaicas; una naturaleza degenerada o primitiva, así como las relaciones que broten de la misma, no serán válidas para inspirar normativa alguna, ya que no se orientan (o lo hacen en un estadio obsoleto, fuera del macro-fenómeno jurídico) hacia lo que la naturaleza tiende, esto es, hacia su perfeccionamiento. Habrá de incardinarse

la conducta o la propuesta normativa que se enjuicie conjuntamente con la realidad de los demás grupos humanos y normativas que conforman el macro-fenómeno jurídico aludido, abandonando la abstracción y encuadrando la actuación o normativa enjuiciada en el marco comparado de los derechos humanos (una presunta normativa que contravenga la Declaración Universal de Derechos Humanos carecerá de carácter normativo y de fuerza jurídica, y mucho menos podrá aspirar a dimanar en la actualidad de la naturaleza de la cosa por su carácter primitivo o degradado). Se concluirá por tanto que el derecho natural de contenido sociológico que brote de la naturaleza de la cosa lo hará desde una perspectiva *sana* de tal naturaleza, *no degenerada u obsoleta* y sin perder de vista el macro-fenómeno jurídico, no teniendo en la actualidad fuerza o valor jurídico los postulados que contravengan las más elementales normas de derecho natural (*regula aurea* y principio del *bonum faciendum, malum vitandum*) así como, huyendo de la abstracción y sin perder de vista los postulados del macro-fenómeno jurídico, los postulados de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

9.38. Ottmar Ballweg (1928)

- Ballweg considera la estructura lógica de la realidad condición necesaria para que los hombres no vivan su realidad como un caos, sino como orden. Sostiene que el ser ya es un orden, constituyendo la naturaleza de la cosa una realidad objetivamente verificable, estructurada desde una perspectiva lógica y objetiva, cuyo carácter de orden de acuerdo con el ser constituye el derecho en forma decisiva. Para interpretar al mundo y dirigir acertadamente nuestra conducta, concluye que existe un orden en el ser que hay que descubrir.

9.39. Herbert Schambeck (1934)

- Schambeck sostiene, respecto a las lagunas de la ley, que habrá que preguntarse por la naturaleza de las cosas cuando la Ley deja una laguna sin cerrar, y no sólo por falta de una disposición en concreto sino también en caso de ausencia de una indicación precisa. Por tanto, la naturaleza de las cosas como medio de complementación de la jurisprudencia es un medio para completar las lagunas del derecho, siempre dentro del marco permitido por la ley.

9.40. Nicos Ar. Poulantzas (1936-1979)

- Para Poulantzas, sociólogo y político marxista greco-francés, el concepto de naturaleza de las cosas es esencialmente dialéctico y condicionante de toda la práctica humana. Expuesto sintéticamente, en la relación ontológica entre libertad y necesidad será donde se apoye la concreta relación entre el ser humano y las cosas. La naturaleza de las cosas condicionará toda la práctica humana, ya que la necesidad humana sólo se cubre con la adquisición de cosas y la libertad está condicionada por la necesidad. Así, la naturaleza de las cosas consiste verdaderamente en la naturaleza *dialéctica* de las cosas, condicionante de toda la práctica humana²⁴⁵.

9.41. S.S. El Papa Francisco (1936)

- De nombre secular Jorge Mario Bergoglio, para el Papa Francisco (tal y como sostuvo el 25 de julio de 2013 en su visita a la favela de Varginha, en Brasil) la grandeza de una sociedad viene

²⁴⁵PUY MUÑOZ, F. de P., "El derecho y la naturaleza de las cosas", *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1966, pág. 81.

determinada por la manera en que se ocupa de los más necesitados, aquellos que lo único que tienen es su pobreza. La labor de gobierno ha de realizarse para todos los gobernados, pero con la mirada puesta en los más desfavorecidos, procurándoles de tal forma la *gratia vivendi* que ya proclamó Santo Tomás en pro de alcanzar una justicia real que no es sino otra manera de referirse a los fines que persigue la teoría de la naturaleza de la cosa.

9.42. Francisco Puy Muñoz (1936)

- El profesor Francisco Puy es uno de los autores que mejor rebate hasta la fecha las tradicionales objeciones que la doctrina española le ha puesto a la teoría de la naturaleza de la cosa: ser una reformulación del iusnaturalismo de corte metafísico-panteísta que se ha quedado a medio camino de formular una fundamentación metafísica del derecho así como subrayar demasiado el elemento material y olvidar la forma racional del derecho natural, que lo especifica como tal derecho; este supuesto planteamiento en exceso “materialista”, centrado en la naturaleza “grosera” y olvidándose de la esencia, enfoca el problema hacia lo que se ha venido planteando en capítulos precedentes como el retorno a los postulados de Aristóteles, recordándose que el ser tiende en potencia hacia su desarrollo pleno, que “apetece más ser” en plenitud, lo que también se aprecia en la naturaleza, donde asimismo se manifiesta la tensión teleológica hacia la finalidad ínsita en la misma, convirtiendo de tal manera, día a día, potencia en acto camino de su entelequia. La ley del movimiento ínsita en la naturaleza de la cosa conducirá, tal y como señala Francisco Puy, hacia el bien mayor al que la misma pueda aspirar alcanzar: la naturaleza rectamente entendida quiere decir el bien, conduce a un mejoramiento del propio ser y no lo contiene ni lo

justifica todo. Estos postulados son fundamentales para la exposición que nos ocupa. Se comentó que, desde una perspectiva lógica, no se podrían extraer proposiciones de deber ser desde el ser, ya que el ser es ajeno a consideraciones morales. La naturaleza sería amoral, así concebida²⁴⁶. Tal planteamiento será desacertado desde el enfoque más arriba referenciado, ya que la naturaleza está en *movimiento* hacia su perfeccionamiento; por ello, no se trata de una obra acabada sino que sigue “en camino” hacia su meta, “haciéndose”, dirigiéndose hacia el mejoramiento del propio ser, en palabras del profesor Puy hacia “el bien”, un bien que se genera por el movimiento del ser “...a su incremento por una más amplia participación en el bien”; de tal forma, y como el propio Batiffol reclama, para concebir correctamente la naturaleza de la cosa ha de comprenderse *una unidad estructural entre valor y hecho, esto es, entre deber ser y ser*. El principio del movimiento generará que, como se indica, las circunstancias cambien, las sociedades evolucionen, y así también las leyes mismas deban evolucionar para concordar con la realidad en la naturaleza de la cosa. Todo ello sin olvidar que la “cosa” en cuestión dimana de la realidad social, compuesta de seres humanos, dotados de conciencia y libertad y autónomos, a los que un mismo estímulo no genera necesariamente una misma respuesta. Como Francisco Puy señala, con referencia a las mismas “cosas”, se habla de *naturaleza humana, estricto sensu*, y de toda naturaleza en tanto en cuanto su relación con la humana, *lato sensu*, y se plantea una concepción maximalista y una minimalista de naturaleza de la cosa. La concepción maximalista, preconizada desde el pensamiento romano al tomismo y desde ahí a la Escuela Española del Derecho Natural, entiende la naturaleza de la cosa

²⁴⁶Al respecto, véase también el alegato de L. Ferrajoli al considerar que la lógica no forma parte del Derecho.

como "...la naturaleza humana y todo lo que ella implica en sus concreciones: particularmente, la naturaleza de las cosas sociales, y, por ende, la naturaleza de todas las cosas en cuanto se relacionan o relacionen con la actividad social del hombre", más allá de la teoría minimalista que preconiza los denominados derechos naturales "abstractos", dado su carácter idealizador que contempla una supuesta naturaleza humana abstraída o sublimada, ajena a la realidad vital evolutiva; desde la perspectiva del autor de esta tesis, será la concepción maximalista la que presente con mayor plenitud las posibilidades propias de la naturaleza humana en cada momento histórico y su concreción en la realidad social de la que forma parte en lo que cabe denominar naturaleza de la cosa.

9.43. L. Ferrajoli (1940)

- Con respecto a la relación entre derecho y lógica, sostiene Ferrajoli que la lógica no forma parte de la realidad empírica del derecho, al igual que los valores que le atribuye la dogmática positivista y en contra de lo predicado por ésta, lo que sirve de alegato contra los postulados que partiendo de la lógica pretenden negar virtualidad a la teoría de la naturaleza de la cosa, tal y como planteaba, entre otros, Ernesto Garzón Valdés.

Postula asimismo Ferrajoli un *constitucionalismo mundial*, proponiendo que la mundialización se extienda progresivamente a los derechos humanos, más allá de la mundialización económica. Expone cómo en su origen, los conceptos de ciudadano y hombre fueron sinónimos, pero en la actualidad no coinciden los derechos del ciudadano con los derechos del ser humano. Así, revitalizando el concepto de hombre (entendido como persona, más amplio) frente al más restrictivo de ciudadano, concluye que serán los derechos del hombre la clave del universalismo, operando de forma restrictiva los derechos del

ciudadano. Concibe igualmente un *constitucionalismo de derecho internacional* limitando la soberanía estatal en aras de garantizar los derechos humanos de forma efectiva; se establecería así un sistema jurídico de base constitucional e internacional, real y efectivo, a favor del ser humano por el mero hecho de serlo, que limite la soberanía nacional y garantice de forma segura la salvaguarda de los derechos fundamentales por encima (sobre todo) de los intereses del mercado o la economía. Y aquí es donde entra en juego la naturaleza de la cosa y su contribución a los antedichos planteamientos; tal como Norberto Bobbio la pensó y así se expuso anteriormente, la noción de naturaleza de la cosa puede concebirse como función económica y social de las instituciones y en particular de la pública que gobierna y conocemos como Estado, ya sea nacional o supranacional. La función económica ha de ir ligada a la función social para conseguir el equilibrio que llamamos justicia. Y si los intereses económicos o de mercado se separan de los sociales, es criterio de justicia que el Estado, ya sea nacional o supranacional, reconduzca la economía hacia la dimensión social que ha perdido con el fin de alcanzar el equilibrio de lo justo. Aquí, la naturaleza de la cosa se integra plenamente en el constitucionalismo mundial, coincide con el sentir común de los pueblos al reivindicar los denominados derechos humanos de la tercera generación y apunta hacia el establecimiento de una Carta Magna Universal que asegure garantías patentes en pro de los derechos humanos, todo ello de acuerdo con su fin económico-social, ya que los planteamientos económicos que se separan de los sociales rompen el criterio de lo justo. Ese criterio de justicia, interdependiente de lo social, conducirá hacia la unidad, pero no hacia una integración forjada por unos *sobre* otros, sino a una *común-unidad*, donde las diferencias en recursos y en derechos se palien hasta que desaparezcan.

PARTE TERCERA

CINCO PROPUESTAS DESDE LA ACTUALIDAD DE LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA COSA

V. TRIPLE FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LA COSA

1. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO FUENTE DE DERECHO

Tal y como señalara José Castán Tobeñas²⁴⁷, el concepto de fuente de derecho alude directamente al medio o medios mediante los cuales se establecen las normas jurídicas como efectivamente vinculantes en una determinada sociedad. Tales fuentes serían propiamente lo que la jurisprudencia interpreta y aplica, tal y como señala Díez-Picazo²⁴⁸. Siguiendo a Williams²⁴⁹, puede distinguirse entre fuentes materiales y fuentes formales, designando las primeras aquellos factores que de forma mediata o inmediata influyen en el contenido de las normas jurídicas y aludiendo las segundas a las formas a través de las cuales se manifiesta o crea el derecho.

²⁴⁷ "Al hablar de las fuentes del derecho en sentido técnico se alude, más bien que al origen del Derecho, a los modos o formas mediante los que, en una sociedad constituida, se manifiestan y determinan las reglas jurídicas, como preceptos concretos y obligatorios". En CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo I, 3ª edición reformada, Editorial Reus S.A., 1930, pág. 13.

²⁴⁸DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones del Derecho Civil*, volumen I, Editorial Tecnos S.A., 1995, pág. 107.

²⁴⁹WILLIAMS BENAVENTE, J., *Lecciones de Introducción al Derecho I*, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 1994, pág. 158.

Asimismo, como indica Díaz Roca²⁵⁰, las fuentes pueden ser directas e indirectas, siendo estas últimas las que ayudan a la comprensión y a la producción de la norma, pero sin darle existencia por sí misma, y las directas las que encierran en sí las normas.

Ya constan en páginas precedentes las posiciones de Karl Larenz, el cual sostiene de la naturaleza de la cosa su carácter de fuente de conocimiento para la ciencia del derecho y para la jurisprudencia de nuestro tiempo²⁵¹. De igual manera y como se vio en el apartado 3.6 del capítulo III, Herbert Schambeck, conjuntamente con Werner Maihofer, postularán la naturaleza de la cosa como fuente del derecho más que mero control del legislador, y éste habrá de tener en cuenta el contenido ontológico ínsito en los factores reales del derecho positivo a la hora de realizar su labor, ya que forma parte de los factores reales del mismo y proporciona al orden del derecho positivo un contenido objetivo ontológico-teleológico.

Otros autores concluyen en una línea similar; tal y como expone Francisco Puy²⁵² con relación a la función que la naturaleza de la cosa desempeña, desde la perspectiva de los mismos, en el sistema de las fuentes del derecho:

“...Existe coincidencia general en atender a la naturaleza de la cosa como fuente informal, indirecta (E. Díaz), material (N. Bobbio) del derecho positivo. Las discrepancias comienzan al intentar justificar tal carácter. Para unos (G. del Vecchio) procede de que equivale a los principios supremos del derecho natural comunes a la civilización occidental; para otros (Asquini) se trataría de uno de los principios generales del

²⁵⁰DÍAZ ROCA, R., *Teoría General del Derecho*, Editorial Tecnos S.A., 1997, pág. 367.

²⁵¹Véase apartado 7 del capítulo IV de esta tesis.

²⁵²PUY MUÑOZ, F. de P., *op. cit.*, pág. 78.

derecho: precisamente aquel que puede funcionar como principio tapón de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo; para otros (Bobbio) podría ser considerado como fuente del derecho en cuanto que referido a la jurisprudencia doctrinal (siendo entonces la naturaleza de la cosa entendida como fuente "de conocimiento" del derecho). Las disensiones se aumentan si se tiene en cuenta que hay quien propugna la consideración de la naturaleza de la cosa como fuente formal para determinados ordenamientos jurídicos; por ejemplo, en el *Case Law* (Marty). Y entran en su tensión máxima cuando se propone la cuestión –que es la cuestión fundamental– de hasta qué punto es la naturaleza de la cosa fuente del derecho en absoluto, o sea, del derecho no exclusivamente positivo. El propio Marty afirmó tajantemente que reducir el ámbito de la doctrina de la naturaleza de la cosa a la cuestión de su calidad de "fuente" del derecho es minimizar el concepto, si se considera sólo el derecho positivo".

Retomando la afirmación de Larenz, sirva de plasmación para una primera conclusión de este estudio: la naturaleza de la cosa puede ser considerado no sólo como fuente para el derecho, sino también para la jurisprudencia, si bien lo será con carácter indirecto y material.

2. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO FUNCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES

En el capítulo anterior se plantearon los postulados de Norberto Bobbio, el cual sostenía respecto a la teoría de la naturaleza de la cosa que no puede pretender “abrir todas las puertas”, pero que dicha teoría, dotada de un sentido riguroso, es mucho más que una “fórmula sugestiva”.

Bobbio propone sustituir por “función económico social de una institución” el término naturaleza de la cosa²⁵³. Así, en vez de plantear cuál es la realidad ontológica objeto de consideración sobre la que va a operar una determinada normativa y que ha de ser tenida en cuenta por esas normas, previamente a la elaboración de las mismas por sus creadores, se plantearía cuál es la función económica y social que ha de ser objeto de protección por una determinada normativa o institución, llevando la cuestión al campo del bien jurídico objeto de protección y a la razón de ser de tal institución, esto es, la protección socioeconómica de dicho bien entre otros, a saber.

Asimismo, tal y como se apuntó en el capítulo III al abordar las posiciones de Werner Maihofer, la naturaleza de la cosa ha de ser considerada como investigación de tal función social en lo *concreto y particular*, centrándose en los “exclusivos datos que proporciona la situación” y no como “función general en el mundo y la vida”, esto es, teniendo en el punto de mira *situaciones concretas* y no cuestiones generales de derecho público. Las reducciones practicadas a la naturaleza de la cosa, tendentes a considerarla en exclusiva como razón lógica, como valor ideal, como dato económico o sociológico, esto es, en *abstracto*, conducen a un iusnaturalismo idealista y racionalista, distinto del derecho natural *concreto*, de contenido variable, ínsito en la naturaleza de la cosa.

²⁵³ BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 151.

3. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO FUNDAMENTO DE LA *GRATIA VIVENDI*

Conjuntamente con lo más arriba indicado, la *gratia vivendi* que postula Santo Tomás coincide en equivalencia de fines con la función institucional referida; la principal de todas las instituciones, la estatal, los poderes públicos y en nuestro caso el poder judicial, tienen una función primera y primordial, que ha de ser norte y guía, “estrella polar” que oriente su actuación: han de procurar a los ciudadanos la *gratia vivendi*, esto es, que las personas a su cargo vivan, y no sólo sobrevivan, sino que vivan bien.

Concluyendo, se postula la naturaleza de la cosa como función económica y social de la institución que denominamos Estado. Una función “aprehensible en la existencia, en los actos o relaciones concretos”, como señaló Hurtado e indicó Maihofer, investigando tal función en el ámbito concreto y particular. Ello conducirá hacia la ordenación de la sociedad mediante leyes para procurar que los hombres vivan y vivan bien, como indicó Santo Tomás. Como meta deseable, alcanzar lo justo natural, ese “justo real” en el cual se conjugan lo justo material y lo justo formal, dos aspectos de una única realidad a la que se denomina Justicia desde la perspectiva aristotélica, como se apuntó en el capítulo precedente.

La percepción de lo anterior es limitada, sometida al tiempo y al espacio, a la historia. Las civilizaciones cambian, los grupos humanos evolucionan, todo fluye. De igual manera, la percepción del concepto de naturaleza de la cosa ha de fluir según las épocas, pero continúa siendo esencialmente lo mismo. Para percibirlo en este tiempo, quizá sea preciso mirar el mundo, la sociedad, tal como es, dejando a un lado ideas preconcebidas. Como Dernburg sostenía, las relaciones vitales llevan en sí mismas un orden y medida. Este orden es lo que se denomina naturaleza de la cosa. Habrá que plantearse la manera de acceder al mismo, de concretarlo de alguna manera, esto es, de

establecer normas a partir de la naturaleza de la cosa. De todo ello se trata a continuación.

VI. LA LABOR LEGISLATIVA DESDE EL PRISMA DE LA NATURALEZA DE LA COSA

1. PROCESO DE ELABORACIÓN DE NORMAS A PARTIR DE LA NATURALEZA DE LA COSA

Para extraer reglas desde la naturaleza de la cosa, tal y como señala Norberto Bobbio, se partirá del razonamiento teleológico²⁵⁴. Multiplicidad de pensadores, aparte de los referidos en esta tesis, postulan el enfoque racional del pensamiento humano sobre el *telos*, sobre las causas últimas del problema social a dilucidar a fin de extraer las oportunas conclusiones que resuelvan las necesidades sociales, procediendo *a posteriori* la sociedad en cuestión a otorgarles a dichas conclusiones rango de ley, como señalaría Werner Jaeger sobre la ley²⁵⁵ al sostener que consiste en pensamiento razonado sancionado por la comunidad.

Volviendo a los postulados de Bobbio y al razonamiento teleológico, se plantea en qué consistirá dicho razonamiento. Como ya se ha indicado a lo largo y ancho de esta tesis (véase el apartado segundo del capítulo I, apartado sexto del capítulo IV, etc.) es el método finalista, inductivo-deductivo, que busca la comprensión última de las cosas mismas o *verstehen* (el hombre hará girar su entendimiento en torno a las cosas mismas hasta llegar a su esencia). Pueden definirse como “pasos” de este método:

²⁵⁴BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 151

²⁵⁵“La ley es, (...), pensamiento razonado (*logismós*) que se ha convertido en *dogma poleos*, es decir, que ha sido sancionado por la ciudad”. En JAEGER, W., *Alabanzas de la ley (Los orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos)*, traducción de Antonio Truyol y Serra, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pág. 65.

- a) Se parte de la *observación* de la cosa objeto de estudio, de los fenómenos particulares (en nuestro caso, la realidad social concreta a la que se tiende a dar respuesta jurídica).
- b) Se busca por qué suceden las cosas, esto es, se formulará una *explicación de carácter general* en un proceso inductivo, de abajo hacia arriba; partiendo de la observación de los “síntomas” se llega a formular una explicación, una conclusión sobre la causa de los mismos.
- c) Formulada la explicación generalista, se proseguirá con el método deductivo, esto es, *deducir las cuatro causas* (formal, material, eficiente y final) del fenómeno objeto de estudio. Y de las cuatro, la más trascendente es la final (*telos*) del fenómeno, lo esencial del mismo.

Poniendo un ejemplo, valga la protección del derecho a libertad de cátedra y la teórica supresión de un curso de posgrado por una Universidad. ¿Vulnerará el derecho a la libertad de cátedra la supresión de dicho curso? Desde el punto de vista del razonamiento teleológico, no será así, ya que la garantía de libertad de cátedra e investigación se otorga a universidades y a docentes, a saber, para asegurar la autonomía de los mismos en el cumplimiento de sus funciones, no constituyendo dicha libertad un derecho subjetivo de los alumnos que les permita exigir mantener vigente un programa de posgrado bajo el argumento de que su cancelación limite el ejercicio de la libertad de cátedra. Dicho de otra forma, esgrimir la defensa del derecho a la libertad de cátedra en este último sentido va en contra de la finalidad por la que se gestó tal derecho, de su *telos* o causa final, de su verdadero objetivo, esto es, la protección de la autonomía y línea de pensamiento de una Universidad o docente.

Abundando en los argumentos interpretativos teleológicos, Neil Mac Cormick sostiene que:

“...se refieren al fin o propósito que se imputa a un fragmento de legislación sobre la presunción de que ha sido promulgado por una legislatura racional en un determinado contexto histórico. Ya sea que se exprese en términos negativos, como el «perjuicio» o el estado indeseable de cosas que la legislatura estaba (o presuntamente estaba) tratando de remediar, o en términos positivos, como un presunto buen estado de las cosas que se imputa como fin y objeto del acto de legislar, la idea es que debemos tratar a la legislación como una empresa teleológica donde el telos u objetivo es independiente de los términos del texto promulgado y por ello suministra una guía de su interpretación. Interpretar de esa forma ayuda a que se realice el propósito; y no hacerlo así frustra ese propósito. Por ejemplo, si una ley sobre impuestos contiene una sección de sanciones para quienes no declaren sus ingresos, podemos imputar a la legislatura el propósito de establecer un esquema imparcial y racional de desincentivos a los no declarantes. De este modo debemos interpretar la disposición punitiva en la ley como si generara equidad y racionalidad, incluso a expensas de la lectura literal de los términos de la ley en su significado ordinario. No leer la ley de esta forma —aunque fuera en su «significado ordinario»— frustraría el presunto objetivo de sus disposiciones punitivas”²⁵⁶.

Por ello, el “objetivo” o *telos* que se persigue al promulgar un texto legal es previo a la Ley con la que el legislador trata de darle

²⁵⁶MAC CORMICK, N., “Argumentación e interpretación en el derecho”, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 33, 2010, págs. 73-75.

cumplimiento, aportando una guía implícita de interpretación. MacCormik continuará aludiendo al contexto histórico y sistémico de cara a la correcta interpretación de una norma legal²⁵⁷, esto es, a los postulados de la naturaleza de la cosa. En la legislación española, el artículo 3.1 del Código Civil vigente recoge en su enunciado: *“Las normas se interpretarán... en relación con... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquellas”*. Ahí está recogido el razonamiento teleológico como técnica de interpretación de las normas, esto es, la interpretación de dichos preceptos de acuerdo con el *telos* de las mismas, con su espíritu y su finalidad. El razonamiento teleológico será así criterio fundamental en el proceso interpretativo, que ha de practicarse en todo caso y no sólo en presencia de ambigüedades de la redacción.

²⁵⁷...La pregunta acerca del *telos* o principio de la ley será estudiada en consideración a su contexto histórico y sistémico. Para cualquier situación problemática dada, podemos siempre diferenciar la pregunta «¿cuál será el mejor propósito a perseguir aquí, o el mejor principio a aplicar?» de la pregunta «¿qué objetivo es plausible atribuir a este texto jurídico concreto, o qué principio formula mejor su objetivo subyacente?». Las últimas son las verdaderas preguntas de la interpretación, tengan o no los órganos de decisión jurídica algún tipo de competencia también respecto a las primeras en el escenario de la adjudicación (y no estoy seguro de que R. Dworkin (1986) no las mezcle en el planteamiento de su «interpretación constructiva», aunque ésa es otra historia).

El escenario institucional ejerce aquí otras presiones. Especialmente en el caso de textos legales recientemente promulgados por una legislatura democrática, el peso de los principios prácticos que favorecen la interpretación pondría límites a la hora de considerar correcta una determinada reescritura del derecho que trate de hacerlo coincidir con los propósitos imputados o con los compromisos de principios que sólo pueden encontrarse implícitamente en el texto tal como fue promulgado. Y el principio de racionalidad antes señalado favorece a la coherencia sistémica sobre objetivos momentáneos o principios aislados". En MAC CORMICK, N., *op. cit.*, págs. 74-75.

Quien legisla persigue una finalidad con la normativa que crea, siendo las normas un medio para alcanzar tal fin, y deben interpretarse de acuerdo con el fin para el que se crearon²⁵⁸. Pero también se recogen en dicho artículo los postulados que preconiza la teoría de la naturaleza de la cosa: la interpretación ha de hacerse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que una determinada normativa deba aplicarse; así, la interpretación del jurista se realizará de acuerdo con la realidad del grupo humano al que se aplican las leyes y no al margen de aquélla, debiendo el jurista modalizar y en su caso modificar su criterio de interpretación de la Ley en función de la realidad social, siempre mutable, de las personas sometidas a esas normas. Y todo ello, porque dicha normativa nace para procurar a tales personas una función económico-social consistente en la *gratia vivendi*.

La búsqueda de la finalidad, espíritu u objetivo perseguido por las leyes en relación con la realidad social en el momento de su aplicación, serán criterios prioritarios y no sucesivos o alternativos en el proceso de interpretación, sirviendo el referido artículo de fundamento legal suficiente para comprender el razonamiento teleológico no sólo como método de plasmación de la voluntad real de los creadores de las normas legales, sino también como técnica primordial de interpretación evolutiva de acuerdo con la naturaleza de la cosa.

El problema que plantea el argumento teleológico es el de determinar cuáles son los fines que se buscan²⁵⁹. Así, hay que cuestionar si se atenderá únicamente al fin concreto de un determinado precepto, o se atenderá a una finalidad más amplia, en

²⁵⁸ESQUIAGA GANUZAS, F. J., "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 1, octubre 1994, págs. 95 y 96.

²⁵⁹ESQUIAGA GANUZAS, F. J., *op. cit.*, pág. 96.

armonía con el resto de preceptos que sirvan para regular una materia o institución determinada, de acuerdo con los fines de ésta. Asimismo, si se irá todavía más lejos, hasta llegar a contemplar el fin genérico del derecho y hasta los fines de la sociedad en la que el precepto va a ser aplicado. Desde una concepción más estricta y restrictiva, únicamente se atendería al fin concreto del precepto propiamente dicho. Según se amplíen las miras, se iría más lejos, hasta contemplar los fines de la sociedad a la que dicha norma se dirige.

A tenor de cuanto antecede y de la propia razón de ser de la teoría que motiva esta tesis, desde la naturaleza de la cosa se postulará, respecto a la finalidad de las normas y su interpretación conforme al artículo 3.1, que la interpretación habrá de hacerse en el sentido más amplio posible, orientada hacia la realidad social del momento de aplicación de la norma o normas en cuestión. Así, en el proceso de interpretación de una norma el jurista habrá de tener en cuenta:

- La finalidad de dicha norma en cuanto medio para alcanzar un fin.
- El resto de normas que regulen en su caso una materia o institución determinada de la que esta forme parte.
- El derecho concreto en el que la norma se integra.
- El valor de la justicia como fin genérico de ese derecho.
- Y, fundamentalmente, la realidad social del momento en cuanto a fines de la sociedad en la que el precepto va a ser aplicado (el artículo 3.1 del código civil deja poca duda al respecto, pues la interpretación de las normas ha de hacerse *de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que las normas han de ser aplicadas*, lo que pone de manifiesto los postulados de la teoría objeto de esta tesis).

Puede plantearse aquí la cuestión de si el juez, a la hora de interpretar la ley y aplicarla de acuerdo con los criterios antedichos, lo que hace verdaderamente es crear derecho, un derecho ajustado a la realidad social del tiempo en que la norma se aplica, por lo que puede considerarse a la jurisprudencia como fuente de derecho. Al respecto, autores como Castán Tobeñas²⁶⁰ o Puig Peña²⁶¹ reconocen la existencia de una tesis avanzada para la que poco importaría el otorgar o no a la jurisprudencia el carácter de fuente formal, ya que el simple hecho de que la jurisprudencia se imponga en la vida judicial demuestra indiscutiblemente que es una fuente jurídica.

Por otra parte, surge también la pregunta de cómo habrá de abordarse el proceso interpretativo si los fines de la sociedad en el momento en que ha de aplicarse un determinado precepto se apartan sustancialmente de la finalidad del mismo, tal y como fue concebido por el legislador. Esta pregunta se responde inequívocamente desde la evolución. La esclavitud, considerada legal en el marco del derecho romano, no se considera lícita en la actualidad. Aquí más que nunca cobra plena vigencia la teoría de la naturaleza de la cosa, que puede definirse de múltiples maneras aunque quizá la más escueta y concreta sea la de *sentido común*, un sentir común social que preconice la adaptación a las circunstancias y a la realidad social así como a sus intereses prevalentes.

Si la realidad social en el tiempo en que una norma deba aplicarse se aparta esencialmente de la finalidad del precepto a aplicar tal cual fue concebido, quizá sea tiempo de derogar ese precepto por las vías legalmente establecidas y crear uno nuevo, acorde con la realidad y el tiempo donde la norma se aplique,

²⁶⁰CASTÁN TOBEÑAS, J., *La Formulación Judicial del Derecho*, Editorial Reus S.A., 1954, pág. 14.

²⁶¹PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo I, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, pág. 366.

cumpliendo así la misión última del derecho, a saber, servir a la paz social que tiene como misión propiciar.

Es más, tal y como se vio en páginas precedentes, el propio Benedicto XVI enfatiza la dignidad de la persona humana sosteniendo que los derechos fundamentales del ser humano no pueden ser trastocados por ninguna ley hecha por los hombres, siendo asimismo lícita la resistencia al tirano y a las normas de derecho positivo que contradigan la ley natural de acuerdo con los postulados de Santo Tomás²⁶². En su día, Helmut Coing formuló una serie de principios que habrían de constituir el contenido necesario de todo orden jurídico, los cuales dimanaban de la naturaleza de la cosa: *“...en todas las instituciones y relaciones sociales es posible descubrir, según Coing, leyes permanentes”*²⁶³. El método que ha de seguir el legislador en su labor: *“...descubrir mediante la razón el orden inmanente de las cosas”*²⁶⁴. Como se dijo en páginas precedentes²⁶⁵ la serie de principios así formulados era en opinión de Garzón Valdés un *“catálogo de los principios aceptados por casi todas las constituciones de los países occidentales y en la Carta de Naciones Unidas”*. Pues bien, de acuerdo con lo que más arriba se plantea, mientras esos principios se adecúen y correspondan a la realidad social del tiempo en que las normas que los contienen deban aplicarse, serán verdadero contenido necesario de todo orden jurídico como Coing planteó, porque más allá de ser meros deseos políticos de una época o de una persona, realmente dimanen de la naturaleza de la cosa, de ese “ser de la cosa” o realidad ontológica sobre la que el derecho opera. Dichos principios, en tanto en cuanto no sean derogados por los procedimientos legalmente establecidos al no corresponderse con la realidad social efectiva y su

²⁶²Véase el apartado 3 del capítulo II de esta tesis.

²⁶³GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, pág. 47.

²⁶⁴COING, H., *op. cit.*, pág. 47.

²⁶⁵Véase apartado 3 del capítulo IV de esta tesis.

evolución, serán contenido necesario de todo orden jurídico, verdadero “orden ético dotado de coactividad estatal”²⁶⁶.

2. LA PROPUESTA DEL PLEBISCITO DIGITAL

En este punto se plantea una nueva cuestión, sobre la posibilidad del ciudadano de a pie de participar en la elaboración o modificación de normas de acuerdo con la naturaleza de la cosa. Actualmente es posible, gracias a las nuevas tecnologías. Porque ¿qué impide someter por el legislador a consulta popular diversos aspectos de una normativa en su proceso de elaboración, con carácter previo a que ésta se promulgue? Asimismo, en la actualidad es posible articular mecanismos para que la sociedad ratifique con su *placet*, incluso periódicamente, el contenido esencial que una normativa a la que dicha sociedad está sometida. Caso de encontrar la oportuna aquiescencia social, las normas dimanantes serán verdadero ordenamiento ético dotado de coercibilidad estatal de acuerdo con la naturaleza de la cosa.

Es cierto que las normas fundamentales fueron ratificadas en su día por los pueblos a los que se dirigen, como por ejemplo la actual Constitución española, y esa ratificación popular es el sustrato de su fuerza y su vigencia; pero la realidad social cambia, los pueblos evolucionan y las leyes que en un tiempo y para una determinada sociedad tuvieron pleno valor y respondieron al sentir social no tienen por qué seguir haciéndolo para las generaciones venideras. Por tanto, como propuesta concreta se plantea la posibilidad de contemplar plebiscitos digitales en los procesos de elaboración de las normas, pero no sólo eso; se propone asimismo el sometimiento periódico de las normativas o alguna de sus partes a consulta popular mediante dichos instrumentos plebiscitarios adaptados a las nuevas

²⁶⁶COING, H., *op. cit.*, pág. 47.

tecnologías. Dichas consultas podrán partir tanto de la iniciativa estatal como de los ciudadanos.

Ciertamente existe la figura del referéndum, contemplada en el ordenamiento jurídico español. En el artículo 92 de la Constitución se trata del referéndum consultivo (no vinculante), estableciéndose que las *"decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos"*; el referéndum *"será convocado por el Rey, mediante propuesta del presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso"*. El legislador constituyente dio a este instrumento una relevancia especial, señalando expresamente en el mismo precepto que las condiciones y el procedimiento del referéndum se regularán a través de una Ley orgánica: únicamente las Cortes Generales pueden hacerlo, como expresión de la soberanía nacional, con la exigencia cualificada de que tiene que aprobarse por mayoría absoluta del Congreso. Desde 1936 se han celebrado seis referendos nacionales, y otros ocho parciales. Cabe destacar el referéndum sobre la Ley de Reforma Política, celebrado en 1976, que abre la puerta al sistema parlamentario actual. Tras la reinstauración de la democracia en 1977 en España, se han llevado a cabo tres referendos en todo el país, sirviendo el primero de ellos para aceptar el texto constitucional (celebrado el 6 de diciembre de 1978), y los otros dos, para la permanencia de España en la Alianza Atlántica (12 de marzo de 1986) y la aprobación ciudadana del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (20 de febrero de 2005). Asimismo, desde la entrada en vigor de la actual Constitución española se han celebrado siete referendos autonómicos (para aprobar los respectivos Estatutos de Autonomía del País Vasco, Cataluña, Andalucía y Galicia y para la reforma de los Estatutos antedichos de Cataluña y Galicia) y uno de ámbito municipal, celebrado el 28 de febrero de 2009 sobre la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de Almuñécar. Por otro lado, la Constitución Española prevé otros tipos de referendos; el referendo

facultativo constituyente para la reforma de la Constitución recogida en el artículos 167.3 de la misma y el referendo obligatorio constituyente, regulado en el artículo 168.3 de dicha Carta Magna. Además, la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, modificada por la Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre, regula las diversas posibilidades de referendo, permitiendo a las comunidades autónomas y los municipios convocar referendos en sus respectivos territorios que no contradigan la legislación nacional y cuenten en todo caso con la autorización del Gobierno central. Al final de este apartado se volverá sobre esto, al entrar a considerar la consulta catalana convocada para el 9 de noviembre de 2014, actualmente suspendida cautelarmente tras la aceptación a trámite de los recursos de inconstitucionalidad que el Gobierno de España presentó contra la misma.

Más allá de cuanto antecede y retornando al tema que ocupa esta tesis, hoy se tienen al alcance público instrumentos como el documento nacional de identidad electrónico, que permite realizar múltiples gestiones a través de Internet e identifica plenamente a quien lo utiliza mediante la firma electrónica. Un ciudadano, mediante ese instrumento, puede identificarse con la misma seguridad que cuando concurre a las urnas y lo exhibe con carácter previo a ejercer el derecho al sufragio.

Por tanto, es posible adecuar las normas vigentes al sentir común social de cada momento histórico ayudándose de las nuevas tecnologías, propiciando (por ejemplo) que por parte del legislador se consulte a la ciudadanía con carácter previo a la redacción definitiva de una ley, algunos extremos de la misma. Los ciudadanos, desde sus domicilios o en lugares habilitados al efecto, utilizando su DNI y los actuales medios informáticos, podrán manifestar su opinión al respecto. Habrá que habilitar métodos seguros para preservar el secreto de cada sufragio individual, una vez identificado el

ciudadano que ejerce su derecho a concurrir a la consulta, con las mayores garantías de seguridad. Si se puede presentar la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas a través de la red, también se puede poner en práctica cuanto antecede.

La democracia se gestó en la polis griega, ciudad estado donde los ciudadanos con plenitud de derechos tenían el deber y la obligación de sostener tal modelo de gobierno con su participación en las consultas asamblearias. En la actualidad, los Estados son mucho más grandes y complejos que aquellas polis, pero también los medios son muy superiores, unos medios que permiten al legislador realizar una consulta popular con carácter previo a la redacción definitiva de una ley o una consulta posterior a su elaboración sobre el grado de aquiescencia de la ciudadanía con dichas normas mediante procedimientos informáticos que proporcionen resultados inmediatos y a bajo coste, aportando a las normas resultantes el valor de constituir un verdadero ordenamiento ético dotado de coactividad estatal, de acuerdo con la naturaleza de la cosa. Este es el espíritu que en su día originó la institución del jurado popular; el jurado vota y decide la culpabilidad o inocencia, y el juez dicta sentencia.

En la actualidad hay ejemplos de jurisprudencia que ha propiciado modificaciones de muy amplio calado social. Es el caso de la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 2 mayo 2013, que estima la demanda interpuesta por don José Manuel, ciudadano marroquí que había trabajado en España de manera continuada en distintas ocupaciones desde diciembre de 1993, constando así en la hoja de vida laboral expedida por la Tesorería General de la Seguridad Social, y condena a CATALUNYA BANC S.A. declarando nulas por abusivas las cláusulas de intereses moratorios de la hipoteca que mantenía con el ciudadano antedicho –cláusula sexta bis a), la del vencimiento anticipado por un solo incumplimiento– y la de liquidez, que permitía la determinación

unilateral por parte del prestamista de la cantidad exigible, cláusula decimoquinta e). Posteriormente, la sentencia de 9 de mayo de 2013, primera sentencia publicada por el Tribunal Supremo relativa a las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, declara que dichas cláusulas deben ser anuladas por ser consideradas abusivas cuando los Bancos y las Cajas de ahorro no hayan proporcionado a los clientes completa información sobre su contenido y alcance económico, tanto en la fase previa a la suscripción de los contratos de hipoteca, como en el momento de suscripción del contrato.

De igual manera, procede citar otras dos sentencias como ejemplo. En la primera²⁶⁷, el Juzgado de Cambados da la razón a un afectado por las denominadas preferentes, anulando el contrato firmado en su día con Novagalicia Banco, teniéndose en cuenta por el juez que la información que en su día ofrecieron a su cliente era insuficiente y considerando por ende que el contrato está viciado. En la segunda²⁶⁸, tal y como se indica en la sentencia, *“se condena a la Administración demandada (la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha) a reponer a los funcionarios afectados por motivo de las disposiciones anuladas en los puestos de trabajo que venían ocupando, con el reconocimiento de todos los derechos profesionales y los económicos que correspondan, que se concretan en las retribuciones que los perjudicados hubieran debido percibir de no haberse producido su cese, descontando las retribuciones que hubieran percibido por otros servicios entre dicha fecha y la de la efectiva reincorporación”*.

²⁶⁷Sentencia 00083/2012, correspondiente a Juicio Ordinario 21/2012, dictada con fecha 10 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Cambados.

²⁶⁸Sentencia correspondiente al Recurso nº 432 de 2012 y 434 de 2012 acumulados, dictada con fecha 27 de enero de 2014 por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha.

En ambas, la realidad social efectiva al tiempo en que las normas hubieron de ser aplicadas, motivada por la indignación popular ante los contratos de compra de acciones preferentes, en las que muchos ciudadanos invirtieron y perdieron sus ahorros sin haber recibido la información adecuada, así como los despidos de 500 empleados públicos interinos en Castilla La Mancha, configuraron el criterio de interpretación normativo tomado en consideración por los jueces, tal y como se propone desde la teoría de la naturaleza de la cosa. Quepa hacer asimismo alusión a un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Tasas Judiciales²⁶⁹, de interés por afectar al sentir común social de los ciudadanos en general y de los profesionales de la abogacía y el derecho en particular, al que luego seguirán otros como los promovidos por el Gobierno de Canarias y la Diputación General de Aragón.

Antes de concluir este apartado, procede hacer una breve alusión a la pretendida consulta sobre el futuro político de Cataluña, una consulta que fue convocada para el 9 de noviembre de 2014 actualmente suspendida de forma cautelar tras la aceptación a trámite de los recursos de inconstitucionalidad del decreto de convocatoria de dicha consulta y de la Ley de consultas populares no referendarias y otras formas de participación en la que esta se ampara, recursos presentados por el Gobierno de España ante el Tribunal Constitucional. Tal y como se trató en páginas precedentes, si bien la Constitución Española de 1978 posibilita diversos tipos de refrendo y la Ley orgánica 2/1980 de 18 de enero, regula entre las diversas posibilidades de referendo el consultivo autonómico, el cual debe estar autorizado por el Estado español. Aquí probablemente resida la

²⁶⁹Recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, presentado en fecha 23 de mayo de 2013.

clave fundamental a la hora de plantear el problema desde la perspectiva de la naturaleza de la cosa.

En opinión del autor de esta tesis, si se considera como corresponde que Cataluña en un parte de España, el sentir común social que ha de pronunciarse sobre este u otros temas que afecten al pueblo español es el de todos los españoles, catalanes y no catalanes, al igual (valga la comparación) que en una comunidad de propietarios todos pueden y deben manifestarse sobre los asuntos referidos al inmueble en cuestión. Y todo ello ha de hacerse de acuerdo con la legalidad vigente y siguiendo los dictámenes de la actual Carta Magna, no conculcándola de manera directa o indirecta, por más que se pretenda una legitimación de fondo en las pretensiones que se traten de hacer valer. Lo contrario sería concluir que el fin justifica los medios, aun por encima de la propia legalidad vigente, cuando el único proceso legítimo para modificar una ley es mediante otra ley. Otro tema serán las motivaciones de fondo que generen tal sentimiento secesionista en una parte de la sociedad catalana. Al respecto, un artículo periodístico de César Molins publicado en el periódico *El País* hace alusión a la necesidad mutua entre España y Cataluña, y si bien por el autor de esta tesis se discrepe con lo sostenido en parte de dicho artículo, se entiende oportuno citarlo en el extracto que se cita²⁷⁰; como se indica, es

²⁷⁰ "...España necesita a Cataluña por dos motivos, uno en negativo y otro en positivo. En negativo, porque la ruta previsible del presente conflicto territorial lleva a una bunkerización de posiciones en España y en Cataluña que será la excusa perfecta para que la clase política no aborde ninguna de las reformas imprescindibles para afrontar con éxito los retos del siglo XXI, en particular la mejora del capital humano necesaria para evitar la proletarización de la sociedad española en la economía global. En positivo, porque la gran asignatura pendiente de España es la adopción de una cultura del trabajo como opción de realización personal (...) Eso lo hizo Cataluña hace muchos siglos y la emulación con Cataluña en una casa común puede ser un estímulo importante para que España consiga hacerlo.

necesario abordar conjuntamente las reformas imprescindibles para afrontar con éxito los restos del siglo XXI, como la mejora del capital humano para afrontar los desafíos de una economía globalizada, aprendiendo de los logros de la sociedad catalana a lo largo de los siglos y aunando esfuerzos en la casa común del pueblo español que permitan las necesarias reformas que han de realizarse de manera conjunta, más aun en una economía y un mundo globalizado como el actual.

Para concluir, recuérdese a los movimientos sociales²⁷¹, a los ciudadanos que se organizaron, protestaron y se manifestaron contra las cláusulas abusivas de las hipotecas y que sirvieron de apoyo (o de base) para alcanzar finalmente los antedichos resultados. Ahí se

Cataluña necesita a España también por dos motivos y también hay uno en negativo y otro en positivo. En negativo Cataluña necesita a España por una razón simétrica a la del párrafo anterior. Las reformas que hay que hacer en Cataluña son similares a las que hay que hacer en el conjunto de España, empezando por la de la clase política. La bunkerización conduce a no hacerlas y a culpar al adversario de todos los males propios. Además, una confrontación creciente deja al independentismo como único proyecto político posible y eso tendría efectos divisivos muy grandes para la sociedad catalana. Lo que ahora se presenta interesadamente como una confrontación entre Cataluña y España se revelaría como una confrontación entre catalanes en la que los que ambicionan pensar y actuar “en grande” en mundo globalizado quedarían marginados. En positivo, Cataluña necesita ambición. Necesita que sus grandes empresas se hagan mucho mayores y se globalicen. Al contrario que Baden-Württemberg o Rhône-Alpes, Cataluña no tiene grandes empresas con proyección global y no las tiene por falta de ambición, no porque esté oprimida o expoliada. España, cuyas grandes empresas son globales, tiene la ambición que a Cataluña le falta. La emulación con España en una casa común puede ser un estímulo importante para que Cataluña consiga hacerlo”.

Puede leerse el artículo completo en Internet en la dirección: http://politica.elpais.com/politica/2014/01/18/actualidad/1390059028_662750.html

²⁷¹Véanse los artículos periodísticos que se incluyen en apartado primero del capítulo IV.

manifestó la naturaleza de la cosa, propiciando y dando pie a lo que la jurisprudencia recogería más tarde en forma de sentencia. Y ahí es donde podrá seguir manifestándose, esto es, en la articulación de procedimientos de participación social accesibles a los ciudadanos mediante las nuevas tecnologías y que deban ponerse en práctica con carácter previo y posterior a la elaboración de las leyes, sirviendo de instrumentos de control a los poderes públicos, esto es, de apoyo y ayuda inestimable para que estos puedan cumplir la labor económica y social para la que nacieron y continuar proporcionando la *gratia vivendi* a los ciudadanos que gobiernan.

Se apuntó en páginas precedentes cómo la labor de gobernar de acuerdo con la naturaleza de la cosa, con lo justo real o natural, haciendo coincidir derecho formal (haciendo alusión a lo legal) y derecho material (aludiendo a lo bueno y deseable) implica gobernar para todos, pero con la mirada puesta en los más desfavorecidos (tal y como señala asimismo el Santo Padre Francisco²⁷²), tendiendo siempre a conseguir una igualdad de oportunidades más real que teórica y promocionando a tal efecto de forma cultural, económica y socialmente a los sujetos que lo precisen. Si se busca una verdadera democracia, real y efectiva, ha de tenerse en cuenta cuanto antecede, porque las tecnologías actuales permiten dar la palabra al pueblo con mayor protagonismo, implicándolo en los procesos de elaboración normativa y demandando con mayor asiduidad su aquiescencia, como correspondería en una efectiva democracia real en la que se plasme ese sentir común social que se ha denominado naturaleza de la cosa.

²⁷²Véase el apartado 7 del capítulo IV de esta tesis.

VII. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO VÍA DE ACCESO A LO JUSTO REAL

Ya se comentó en páginas precedentes cómo para Aristóteles lo justo es aquello que se da en la conjunción de lo bueno (aspecto material) y lo legal o normativo (aspecto formal) y ambos son componentes inescindibles de aquél²⁷³. Se entiende que ahí es donde radica la justicia real, lo justo acorde con la naturaleza.

Al respecto, el propio Batiffol mantuvo que:

“...La naturaleza del hombre puede indicar las tendencias cuyo desarrollo es necesario favorecer en él. La naturaleza de las cosas, principalmente en las situaciones sociales en las que se encuentra el hombre, da también indicaciones sobre lo que conviene hacer para que la vida social se desarrolle y sea conveniente para los que participan en ella...”²⁷⁴

Por su parte, Luis Recaséns Siches²⁷⁵ sostuvo asimismo la existencia real de criterios o principios partiendo de los cuales el derecho tratará de ordenar la vida social. Tales principios o criterios, integrados por una multiplicidad de ideas, de creencias, de juicios de valor y de valores, son latentes y perduran en un grupo social, formando asimismo parte de su cultura.

²⁷³GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 219.

²⁷⁴BATIFFOL, H., *Filosofía del Derecho*, Eudeba, 1972, pág. 71.

²⁷⁵RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Bosch, 1979, pág. 106 y ss.

Por tanto, tales indicaciones dimanantes de la naturaleza de la cosa, que aluden a la situación efectiva del ser humano inserto en un determinado contexto social, actúan a modo de referencias, de señales que apuntan hacia lo conveniente si se quiere hacer coincidir lo justo desde las perspectivas social y formal. Dicha labor de conjunción habrá de realizarse tendiendo a alcanzar lo justo natural, esto es, lo justo real acorde con la naturaleza desde la visión aristotélica, que incluye como se indica, por una parte, lo efectivamente bueno y deseable (a lo que se ha denominado justo material) y por otra lo formalmente justo (leyes positivas efectivamente justas) como dos aspectos, dos partes insolubles de un mismo todo global.

De esta manera, la naturaleza de la cosa buscará alcanzar en una sociedad determinada la justicia real, en el anhelo de hacer coincidir el aspecto formal y el material del derecho en esa unidad insoluble que ha de constituir lo justo, constituyéndose así en vía de acceso hacia ese estado deseable de justicia. Habrá de tenerse permanentemente presente, en el proceso de elaboración e interpretación normativa, la premisa de que el depositario primero y último de la soberanía es el pueblo, la propia sociedad a la que se legisla, ya que como se ha visto en páginas precedentes la elaboración de normas al margen de las inercias propias de los grupos sociales para los que se crean conduce hacia sistemas normativos con vigencia técnica pero no social.

VIII. VINCULACIÓN ENTRE NATURALEZA DE LA COSA Y TEOLOGÍA DEL DERECHO. LA CRISTOGÉNESIS

Es este punto entra en juego la visión que plantea Vidal Abril Castelló refiriéndose a Theilhard de Chardin²⁷⁶. Como ya se comentó en páginas precedentes, en concreto en el apartado 1 del capítulo 2, para de Chardin el mundo y la historia caminan hacia un denominado “punto omega” de convergencia total: Cristo, centro de todos los centros. Es el punto evolutivo final, hacia el que se avanza mediante una coherencia creciente y necesaria de las conductas humanas, hasta alcanzar la unidad en el denominado “Cristo cósmico”. Los postulados del Theilhardismo, tal y como explica Abril Castelló²⁷⁷, conducen hacia un tipo de agustinismo renovado, acorde

²⁷⁶ ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, págs. 139-196.

²⁷⁷ “...El teilhardismo es un nuevo tipo de agustinismo a la altura del siglo XX. Teilhard de Chardin filosofaba con la totalidad de sí mismo y con cuanto le rodeaba, desde las profundidades del «hombre interior» y con el universo entero reflejándose dentro como un eterno presente total. Todo se reducía para él a las mismas ideas maestras del agustinismo y todo se condensaba en una sola palabra : amor. Su lema era el mismo de Agustín de Hipona : «*Ama et fac quod vis*». Agustinismo, incluso, por su ambición temática y por el papel de protagonista y de centro del mundo que da al hombre: papel de creador creado y de artífice responsable del mundo y de la historia por encargo de Dios Padre.

Otros ingredientes o inspiraciones decisivas de su pensamiento le vinieron de la filosofía espiritualista (Blondel) y del neotomismo (Sertillanges, Maréchal, Rousselot), de Bergson, Péguy... Metodológicamente el teilhardismo es una «fenomenología espiritualista» con método biraniano-interiorista, que estudia cuanto es y acontece a través de un análisis progresivo de la conciencia y de la actividad humanas en las que se reflejan todos los ingredientes del mundo y todas las alternativas de cada opinión. El contenido y objeto formal de su sistema es éste: cuanto es, opera y acontece tiene un sentido único y convergente: creación progresiva

con los tiempos presentes. El postulado clave sería *Ama et fac quod vis*, “Ama y haz lo que quieras”. El amor, como “pegamento universal” (valga la expresión) en el camino hacia la unidad universal de los seres humanos.

Desde esta concepción²⁷⁸, se plantean dos ideas básicas: por una parte, lo que se hace a cualquier ser humano se hace a Cristo mismo. Por otra, la concepción del cristianismo como una realidad mucho más amplia que una mera concepción que postule un sistema moral o juricista; está incardinado, injertado en la historia, en dicha realidad siempre cambiante al igual que la naturaleza de la cosa. Asimismo, el ser humano es concebido como un fin en sí mismo. Pero vive en el mundo y depende del mismo en todos los órdenes. Y aunque sea libre, cada individuo vale igual que cualquier otro ser humano, constituyendo un centro personal entre otros muchos centros²⁷⁹.

de más-ser y de mejor-ser en el mundo de los hombres”. En ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, págs. 142-143.

²⁷⁸“...9) En una cosmovisión católica, el planteamiento es tajante y neto. Cristo mismo lo dijo: «lo que hacéis con cualquier otro hombre, me lo hacéis a mí». Lo hecho para con cualquier hombre cuenta como si se lo hiciésemos directamente a Dios mismo. Y eso es exactamente lo que Teilhard ha venido a recordarnos: con el decidido propósito de demostrárnoslo «científicamente» con todos sus presupuestos, implicaciones y consecuencias. Esa es la ambición central de su pensamiento y así hay que estudiarlo y valorarlo...

...17) Al fondo de todos los textos humanísticos y cristológicos de Teilhard hay una idea importante: la convicción de que algunos han querido convertir al cristianismo en una concepción juricista y simplemente moralista del mundo y del hombre, y en un sistema de verdades extrañas a la vida real. Ese «cristianismo» se desentiende del mundo histórico y real a base de un complejo sistema de prohibiciones, anatemas y evasivas en el que cuentan muy poco la mayoría de los problemas y aspiraciones de los hombres. Tal versión del cristianismo terminaría esterilizándolo absolutamente como fermento histórico efectivo.” En ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, págs. 146-147.

²⁷⁹“...Resumamos sus intuiciones básicas para el mundo del Derecho:

Igualdad y equivalencia interpersonales. Cada persona comparte con sus semejantes derechos y deberes recíprocos, que se integran entre sí de una manera cada vez más comprensiva y solidaria. En cuanto a las misiones del ser humano desde el Theilhardismo, Vidal plantea cuatro funciones de la actividad humana²⁸⁰, que pueden resumirse en

El hombre es un todo en todos los sentidos. Y no es un todo aislado en ninguno de los sentidos. Ni siquiera es un mundo aparte. No es parte sin más del mundo ni aun tomado individualmente. Pero tampoco es el centro del mundo ni aun como persona y ni siquiera tomado como colectividad. El hombre es un protagonista en el cosmos y un fin en él y de él y para él. Pero el hombre mismo está en el mundo y es mundo y necesita del mundo y depende de él en todos los órdenes del obrar, del vivir y del ser.

Cada hombre respecto a los demás es, sí, un todo de libertad y de conciencia y reflexión. Pero no, desde luego, un absoluto. Ni siquiera como sujeto de valores personales. Es, a lo más, un centro personal entre otros muchos equivalentes. Cualitativamente vale igual que cualquier otro y aún que todos ellos juntos. Pero desde que entra en juego cualquier relación cuantitativa y medible, «lo suyo» se subordina a lo común y comunitario. Puede ser tan respetable como lo de otros y aún prevalente respecto al de muchos, pero no ya en cuanto objeto de títulos privados «suyos», sino en cuanto integrado expresamente en lo común y comunitario (seguridad jurídica, justicia social, bien común, progreso. . .).

A la igualdad y equivalencia interpersonales les corresponden dos codimensiones decisorias:

Reciprocidad de derechos y deberes: el que conculca un derecho no tiene por sí mismo derecho a exigir que otros se lo respeten a él: aunque éstos quizá sí que estén obligados a ello por otras razones propias o comunitarias.

Integración de los derechos y deberes de cada uno en otros cada vez más comprensivos : personales (derecho y deber de ser ante Dios) o comunitarios (derechos-deberes del desarrollo solidario). En ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, pág. 185.

²⁸⁰A) La primera misión que corresponde a la actividad humana, en cuanto culminación de los procesos creadores del Universo y de la Historia, consiste en lograr la mejor explotación posible del mundo y de todas las energías que podamos disponer, especialmente las de nuestro propio cerebro...

lograr la mejor explotación posible del mundo, alcanzar el mejor perfeccionamiento humano (personal y de los demás), tomar individualmente postura ante uno mismo, los semejantes y Dios, manifestando con la actitud personal la toma de conciencia ante lo divino ínsito en cada ser humano y en todo lo relativo a éste, remitiendo por último a lo social, a la integración entre los seres

B) La segunda misión global del hombre [concurso humano a las tareas de la evolución] es lograr el mejor perfeccionamiento del mundo, de los otros y de sí mismo.

La evolución misma consiste en liberar el máximo de energías de personalización y de amor, pero no sólo en su estadio (divino) último, sino también en los anteriores...

C) La tercera función característica de la actividad humana es estrictamente ética y consiste en consumir una «toma de postura» propia de cada hombre ante el mundo, los otros y Dios.

Este es un punto de vista esencialísimo dentro de la doctrina teilhardiana sobre la vida social y el Derecho.

a) Llevando a sus últimas implicaciones cósmico-teológicas el estudio de este punto el resultado es éste: no sólo todo hombre es divino para cualquier otro [«conmigo lo hicisteis»], sino también todo lo que es de un hombre o es relativo a cualquier hombre.

b) Existen, pues, tres grados o modos de «ser divino»: 1) lo divino por esencia o naturaleza, o sea, todo lo que pertenece a Dios mismo personalmente y en cuanto tal; 2) lo divino por participación y delegación o representación de primer grado, o sea, todo lo que pertenece a los hombres mismos en cuanto personas; 3) lo divino por delegación, participación y representación de segundo grado, o sea, todo lo que corresponde a los hombres en cuanto ciudadanos concretos dentro del sistema mundial vigente.

c) Lo importante es darse cuenta de que, sin confundirse, estos tres niveles de lo divino, se juegan inescindiblemente en la vida humana y que (en cuanto que dichos niveles sean relativos al hombre mismo) puede, sí, haber distinción de uno respecto a los demás, pero no contradicción...

d) La cuarta función de la actividad humana radica en su nivel social. En él insiste muy especialmente Teilhard, desarrollándolo hasta el punto de olvidar a veces que lo individual-personal es lo último axiológicamente e incidir en afirmaciones cuasitotalitarias y colectivísticas...". En ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, págs. 151-155.

humanos y a la totalización. De esta manera, la visión sociológica de Theilhard y su comprensión del fenómeno político está intrínsecamente unida a los procesos del propio ser, ya que “... *la socialización trata pura y simplemente de continuar todos los procesos del ser o de la evolución*”²⁸¹.

Se contemplan asimismo diferentes estadios en el proceso hacia la unidad de los seres humanos, postulándose la socialización en su conjunto como un proceso total e irreversible hacia una síntesis ultrahumana²⁸². En el apartado siguiente de este capítulo se aborda el

²⁸¹ “...Muy sencillamente y con plena lógica:

a) El fenómeno humano sintetiza en sí (por conocimiento, presencia y acción del mundo en él) todo el cosmos.

b) Ahora bien, el fenómeno humano mismo desemboca (se integra y se termina) todo él en los procesos sociales: la socialización trata pura y simplemente de continuar todos los procesos del ser o de la evolución.

1) La complejidad creciente lleva al primer estadio de unidad y de síntesis: el individuo humano es el primer grado de lo personal.

2) La complejidad, síntesis y organización ultraindividual llevan a la Noosfera o mundo de lo social: es el segundo grado de lo personal.

3) El juego dialéctico persona-sociedad es el proceso que termina lo personal: la totalidad suprapersonal y ultrapersonal es el tercer grado de lo personal...”. En ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, págs. 158-159.

²⁸² “...1) La síntesis ultrahumana que buscamos, siempre y cuando sea bien ordenada y dirigida... sólo puede desembocar en formas cada vez más perfectas de organización, de conciencia y de libertad. Tenemos que insertarnos deliberadamente, en plan de colaboración activa y positiva, en el juego de las fuerzas de colectivización que nos atraviesan. En ella no hay ningún riesgo insuperable. Ellas nos conducirán, no a una mecanización o masificación creciente, sino a una mayor y mejor centración y personalización.

2) El resultado global de todo ello será la implantación de una nueva «geopolítica» que dejará muy atrás las miserables disputas callejeras a que ha quedado reducida la historia hasta nuestros días.

3) La idea, la razón, el sentido y el aglutinante de la unión y síntesis buscadas no estará en la fuerza ni en el aniquilamiento violento o tramposo de las tendencias legítimas de la personalidad de cada uno (energías de personalización), sino en su potenciación óptimo-máxima a impulsos *de una*

fenómeno denominado *mundialización*, el cual se ha planteado desde múltiples perspectivas, si bien se deje en el olvido, tal vez por desconocimiento, enfocar dicho tema en el contexto que en aquí se presenta: “Una auténtica invasión por parte de los demás del ámbito vital de cada uno: la tierra ha llegado a su plenitud humana efectiva”. Ésta puede ser una definición plausible del proceso de globalización en que nos encontramos inmersos. Pero tal proceso podría conducir hacia el aislamiento individual, donde paradójicamente, a pesar de tener a nuestro alcance más medios tecnológicos que en toda la historia de la humanidad, nos encontremos más aislados que nunca. Teniendo en cuenta esto, el aglutinador válido y necesario para conducir a los seres humanos hacia la unidad es el amor. La potencia de unión más perfecta, el agente de la síntesis universal. Vidal Castelló seguirá abordando los sentidos o fases de la socialización desde las posiciones teilhardianas²⁸³, además de tratar la socialización como

fuerza que es la más específicamente humana que existe, el amor. El amor es, según Teilhard, la potencia de unión más perfecta que puede darse entre las personas y la forma de interacción personal más profunda, directa y creadora que puede concebirse. Es a la vez la «expresión» y el agente de la síntesis universal.

4) Los procesos de esta socialización acelerada y multiplicadora implican de hecho, y sin que podamos evitarlo, una auténtica «invasión» por parte de los demás en el ámbito vital de cada uno: la tierra ha llegado a su plenitud humana efectiva. Pero si llegamos a digerir y asimilar convenientemente (a través del amor, de la solidaridad y de la comunión) esa «invasión», llegaremos a salvar del mejor modo imaginable lo más personal y valioso de cada uno y de todos.

5) El proceso descrito implica, según Teilhard, cuatro niveles o fases complementarias: fase de la multiplicación numérica de los hombres; fase de interferencia efectiva creciente entre lo individual y lo colectivo; fase de síntesis de lo individual y lo colectivo en lo personal; fase de simpatía y unión recíproca creciente a través de un sentido integral de lo humano.”

²⁸³“6) La socialización tiene dos sentidos fundamentales para Teilhard de Chardin: socialización de expansión y socialización de comprensión. Tampoco es fácil reducir a una fórmula única ambas vertientes de la

proceso y en su conjunto²⁸⁴, concluyendo que constituye un proceso total, irreversible, que avanza sobre un eje o motor específicamente humano y conducente hacia un punto donde confluirán tanto lo social como lo jurídico. La razón última del derecho, como de lo social, se presenta como contribución a la cristogénesis, planteándose la cristología del derecho como parte de la teología del derecho, dentro de la filosofía del derecho. Asimismo la teología del derecho

socialización. Digamos que la socialización de expansión indica un sentido o polo o dirección centrífuga del movimiento social humano y tiene sus puntos últimos de incidencia en las civilizaciones humanas (expansión por agregación) o en las individualidades humanas (expansión por aislamiento). Tal socialización coincide así con los nacionalismos e individualismos tradicionales.

7) Es la socialización por comprensión la que más nos interesa. Teilhard piensa, en efecto, que la interpretación individualista y egocentrista está superada por las ciencias antropológicas y sociológicas y responde a una cosmovisión enteramente primitivista. Es ingenuo no ver en el contorno social nada más que un trampolín para saltar de él a la fruición de la propia personalidad. En ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, págs. 161-162.

²⁸⁴...8) La socialización en su conjunto es un proceso total e irreversible: prehumana, transhumano y ultrahumano. Pero con una característica decisiva: la de su distinto funcionamiento en los estadios que preceden al hombre y en los estadios que se realizan en el hombre mismo o más allá de él (pero siempre a través de él). En los estadios prehumanos el proceso es automático y sus resultados están prefijados. En los demás estadios la libertad humana es un factor decisivo.

9) La socialización avanza entonces sobre rodamientos («rouages») específicamente humanos. Un factor decisivo es la «compresión étnica», con el consiguiente aumento de la interdependencia y comunicaciones a escala planetaria entre los hombres por efecto de la misma explosión demográfica. Otro elemento importante es la creciente organización e interdependencia técnico-económica entre los hombres y los pueblos en función de la llamada «geopolítica»; están, por fin, los aumentos correlativos de conciencia y las posibilidades de acción que se van consiguiendo en función de los múltiples avances del progreso y de la historia humana en general". En ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, pág. 162.

Para concluir, es importante recordar en este punto de la tesis que el iusnaturalismo ínsito en la teoría de la naturaleza de la cosa, tal como ya se planteó en páginas precedentes, se fundamenta precisamente en la conciencia y en la capacidad del ser humano, inserto en un mundo vivo, en movimiento, que fluye, y en las relaciones sociales y vitales concretas que tal dinamismo genera, superando otros conceptos metafísicos (tales como principios supremos existentes por encima de las relaciones de vida en los que se enraíza y fundamenta el propio derecho). Pero lo que aquí se postula no choca, sino que complementa tales aseveraciones. Porque las capacidades del ser humano y la propia estructura de la realidad pueden estar así precisamente concebidas para conformar el camino hacia un punto de evolución mayor, sirviendo por ende a un fin último y superior que muy bien puede concordar, desde una perspectiva cristiana, con el Cristo Cósmico que nos presentan los postulados de Teilhard de Chardin, ese punto omega de la evolución en el que desde su particular visión todo volverá a confluir un día. Habrá quien considere tal aseveración como utopía, más aun si se parte de la realidad del fenómeno conocido como mundialización, en el que nos encontramos insertos y que se analiza en el apartado siguiente de este capítulo. Al respecto, se formula en el mismo una propuesta desde la naturaleza de la cosa.

de los demás valores humano-jurídicos en cuanto que sean incompatibles con él y con cuanto él implica (con una relación de exigencia preferente).

c) El fracaso de cualquier otro valor humano-jurídico-social sólo se justifica en cuanto incompatible con el valor crístico-teológico o con otro valor humano-social superior o ulterior a él.

d) El valor crístico (y cualquier valor humano-social ulterior a uno dado respecto al cual se plantee el problema que aquí nos ocupa) puede ser más o menos completo y perfecto en sí mismo formalmente y cualitativamente y más o menos enriquecido materialmente según sea su posición respecto a los demás valores que comporte su realización o crecimiento". En ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, págs. 193-196.

se postula como parte última de la teleología del derecho²⁸⁵. Es aquí donde confluye la naturaleza de la cosa.

Se concluyó en páginas precedentes cómo el razonamiento teleológico era vía para extraer normas desde la naturaleza de la cosa. Al presentarse la teología del derecho como parte de la teleología del derecho, se infiere que *el razonamiento teleológico será vía de acceso tanto a la naturaleza de la cosa como a la teología del derecho*, y asimismo podrá concluirse que naturaleza de la cosa y teología del derecho constituyen diferentes enfoques para contemplar una única realidad a la que puede accederse con idéntica metodología. Castelló planteará asimismo la teología del derecho como parte última de la filosofía del derecho²⁸⁶ y se referirá también a la cristogénesis como punto omega de la vida jurídica²⁸⁷.

²⁸⁵“...Si las líneas básicas de la antropología y del sistema mundial teilhardiano son certeras -y sustancialmente lo son- tendremos varias verdades básicas y decisivas para las «ciencias del Derecho»:

- 1) La razón de ser del Derecho, no se agota en el hombre mismo individual ni tampoco en los conjuntos humanos. La razón última y completa, de ser del Derecho consiste en contribuir a la cristogénesis desde todos los dominios del Derecho y lo social y con todas las energías específicas de dicho campo.
- 2) Lo crístico es el sentido último del Derecho en cuanto modo de vida y de acción cósmico-humanas. Y habrá que tratarlo por lo menos con la misma seriedad con la que Ihering estudió el fin del Derecho.
- 3) La cristología del Derecho es una parte de la teología del Derecho cristiano-occidental, dentro de la sección general de la filosofía del Derecho. Lo importante es darse cuenta de que la teología del Derecho no es algo sobreañadido a la ciencia y filosofía jurídicas, nada inyectado desde fuera. La teología del Derecho es la parte última de la teleología del Derecho y pertenece al capítulo de los fines humano-colectivos del Derecho”. En ABRIL CASTELLÓ, V., *op. cit.*, págs. 191-195.

²⁸⁶“9) La teología del Derecho es la parte última de la filosofía del Derecho. Puesto que no sólo estudia *ex causis* toda realidad jurídica: y no sólo la estudia *ex ultimis causis*: sino que la estudia *ex ultima causa*.

Es decir, que refiere todos los datos, experiencias, problemas, conclusiones y constataciones (suministradas por las partes anteriores del Derecho) a la última relación trascendente del Derecho y del hombre mismo: a Dios. El error de la teología consiste también en constituirse aparte de las demás disciplinas jurídicas y olvidar que los materiales con que ella trabaja le tienen que ser suministrados por ellas (y por la teología misma en cuanto se refiera a Dios mismo y a sus relaciones para con el hombre en persona y para con los grupos humanos). Y, por tanto, no puede prescindir de dichos datos, ni adularlos al incorporarlos a su propio tratamiento teológico, sino que tiene que estudiarlos muy a fondo y tal y como se los brindan las diferentes ciencias jurídicas particulares, antes de decidirse a tratarlos desde sus propias perspectivas". En ABRIL CASTELLÓ, V., *op.cit.*, págs. 192-193.

²⁸⁷ "1) Existe una jerarquía inamovible entre todos los valores, sentidos y funciones que transporta el Derecho y que se realizan o fracasan con él. Es decir, que todos los problemas que hemos visto que existen en el aspecto lógico-racional o científico puro del Derecho existen y se centuplican en el aspecto ético-práctico del mismo. La realidad del Derecho en cuanto dato de la realidad total del hombre y su mundo era el problema allí; la realización del Derecho, en cuanto factor de la conducta total del hombre y de los grupos humanos respecto a todos los demás seres del mundo, es el problema aquí. Allí se trataba de cómo conocer mejor lo que el Derecho es en sí mismo, aquí se trata de conocer lo que el Derecho es para el hombre. Es decir, de conocer lo que el Derecho significa e importa al hombre (...)

3) Desde las perspectivas cosmogénicas y escatológicas de Teilhard la implicación más esencial e importante de dicha jerarquía (axiológica y teleológica a la vez, es decir, ético-estructural y ético-funcional conjuntamente) es la siguiente afirmación: *lo crístico es el último valor, dimensión, función y estructura del Derecho y de la vida social humana. Y es, por lo tanto, lo que hay que salvaguardar a cualquier precio y por encima de todo: sobre todas las cosas*²⁸⁷. Pero entendiendo exactamente qué es lo que quiere decir dicha «primacía de lo crístico» en el Derecho y en la vida de relación (...)

6) La primacía de lo crístico hay que entenderla así:

a) La búsqueda, la obtención o el fracaso de cualquier otro valor anterior o inferior del Derecho, del hombre o de la sociedad, no pueden ni deben impedir la obtención del valor crístico de los mismos. Y si lo impiden, no se logra un valor humano auténtico, sino un antivalor definitivo (aunque se lo palie con el logro de un cierto valor limitado e inferior).

b) La búsqueda y obtención del valor crístico o teológico del Derecho y de la vida social humana sólo puede y debe impedir la búsqueda y el logro

IX. LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN Y LA NATURALEZA DE LA COSA COMO VÍA HACIA EL CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL ANTE LA GLOBALIZACIÓN

En lo que se refiere a la definición de mundialización, el profesor José Luis Muñoz de Baena²⁸⁸ presenta una serie de características de dicho fenómeno:

- a) Por un lado, la eliminación de las barreras asociadas a las fronteras, características de la forma política que denominamos Estado-nación.
- b) Asimismo, dicha forma política se caracterizó por la "...existencia de un poder único monopolizador de la violencia legítima, capaz de proyectar su dominio sobre un determinado territorio y una población a través de una administración más o menos centralizada, sostenida fundamentalmente con impuestos y obligada a prestar a sus ciudadanos, como mínimo, servicios de defensa, representación exterior y orden público".

Tal como continúa indicando el profesor Muñoz de Baena²⁸⁹, el camino hacia esta transformación lo han propiciado:

- a) La revolución tecnológica; las ideas, personas y capitales circulan de un lugar a otro con una facilidad y rapidez inusitada hasta ahora.

²⁸⁸GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, págs. 228.

²⁸⁹GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, págs. 228-239.

- b) La universalización del capitalismo, que tiende incluso a implantarse en países comunistas como China: “...El poder económico se deslocaliza (...) y los flujos de capital se desplazan por todo el planeta, con el resultado de que las empresas del primer mundo tienden a instalarse en el territorio de los estados donde los costes son inferiores debido a los bajos salarios y a la deficiente protección social. Lo mismo ocurre con los flujos financieros: las inversiones no se ligan ya al territorio de un determinado estado, lo que da lugar a formidables desplazamientos de capital financiero, libres de las barreras del Estado-nación”.

Otros indicadores reseñados por Muñoz de Baena y Simón del proceso en que consiste la mundialización serán la progresiva homogeneización de las costumbres en su aspecto más externo con particular influencia occidental-norteamericana (lo que se ha denominado *macdonalización*), la agudización de las diferencias de tipo étnico, permanente inestabilidad de los elementos que configuraron los estados nacionales (*territorio, pueblo, gobierno*), perdiéndose por la población los elementos identitarios que la hicieron diferente a otras al superarse las fronteras por la movilidad referida y como producto de las grandes migraciones de población, procedente de países menos desarrollados que emigran hacia la supuesta tierra prometida de occidente. A esto ha de añadirse la progresiva capacidad de maniobrabilidad de los gobiernos nacionales, esto es, de sus posibilidades de elegir entre uno u otro modelo determinado, en lo que se puede denominar la *única política económica posible*, noción que ya se apuntó en el apartado primero del capítulo IV²⁹⁰.

²⁹⁰Como ya se indicó en el capítulo referido, conviene recordar que aunque un gobierno de buena voluntad se vea obligado a seguir los

Concluyendo: determinismo político-económico, homogeneización y pérdida de identidad de los ciudadanos de cada territorio hacia una nueva supraidentidad, creada bajo moldes occidentales-norteamericanos: "Macdonalización".

Ante esto, desde una perspectiva optimista (tal cual la planteada en el apartado anterior de este capítulo) se entiende que, a pesar de los aspectos negativos que comporta la mundialización como fenómeno, se caminará hacia una progresiva y definitiva universalización de los derechos humanos. Quizá nada más ajeno a la realidad. Tal como asimismo indica José Luis Muñoz de Baena:

"...La situación actual evoluciona claramente hacia una ampliación del abismo entre los ricos y los pobres y a una concentración cada vez mayor de los recursos en unas pocas manos (tanto en el primer mundo como en el tercero). La mayor parte de los países del globo no poseen regímenes democráticos, o los tienen sólo nominalmente (...) La situación de, al menos, las cuatro quintas partes de los habitantes del planeta en esta materia es dramática (...) Y si lo es cuando se piensa en seres humanos, sin especificaciones, resulta infinitamente peor cuando pensamos en la suerte de las mujeres, los niños, los refugiados o apátridas, los homosexuales..."²⁹¹

dictámenes que le marque la única tendencia económica posible a la hora de realizar su política, resulta patente hacia dónde conducirá una reglamentación al margen de las inercias propias de los grupos sociales a los que se legisla, esto es, hacia normas con vigencia técnica pero no social que no favorecen la finalidad que le es propia al derecho como objetivo prioritario, esto es, alcanzar la paz social que el derecho debe proporcionar.

²⁹¹GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, págs. 230-231.

Con cifras en la mano, las menos de cuatrocientas personas más ricas del planeta acumulan la misma cantidad de riqueza que los mil millones de personas más pobres²⁹². Más aún, tal como indica Beck²⁹³, la actual situación conduce a la transformación de la sociedad laboral en una sociedad de riesgo caracterizada por la inseguridad como modo de vida, en un abismo cada vez mayor entre personas ricas y pobres. Al respecto del momento histórico en que nos encontramos inmersos, José Antonio Pagola²⁹⁴ expone con vehemencia la injusticia del sistema económico-financiero actual²⁹⁵:

“La historia de la Humanidad se encuentra en estos momentos atrapada por un sistema económico-financiero generado básicamente por el capitalismo neoliberal. Este sistema ha logrado imponer su dictadura prácticamente en todo

²⁹²GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 230.

²⁹³“En todo caso, hay una cosa bien clara: la inseguridad endémica será el rasgo distintivo que caracterice en el futuro el modo de vida de la mayoría de los humanos, ¡incluso de las clases medias, aparentemente bien situadas! Son cada vez más los que viven entre las categorías de pobre y rico.” En BECK, U., *Un nuevo mundo feliz. La precarización del trabajo en la era de la globalización*, Paidós, 2007, pág. 12.

²⁹⁴ José Antonio Pagola es sacerdote español licenciado en Teología por la Universidad Gregoriana de Roma (1962), Licenciado en Sagrada Escritura por Instituto Bíblico de Roma (1965) y Diplomado en Ciencias Bíblicas por la Escuela Bíblica de Jerusalén (1966). Es conocido por haber sido el vicario general del obispo de San Sebastián José María Setién. Las referencias que se citan a continuación se toman del documento “No podéis servir a Dios y al dinero. Una lectura profética de la crisis, inspirada en Jesús”. Dicho documento es una obra no editada, que puede consultarse en Internet en la dirección: <https://docs.google.com/document/d/1qTasqNRC4LyoR8Oalrwnj-Riq329L9IA0EsCvZ5kr8kI/edit> [Fecha de última consulta: 4 de octubre de 2014].

²⁹⁵ PAGOLA, J. A., *op.cit.*, pág.1.

el mundo, condicionando decisivamente el futuro de la comunidad humana.

Alimentado por el deseo insaciable de riqueza, este sistema ha pervertido la economía, pues lo que busca no es ya la producción de los bienes y servicios necesarios para la comunidad humana, sino la acumulación de riqueza en manos de las minorías más poderosas de la Tierra. Este sistema tiene su propia lógica: aparta la economía del bien común de la sociedad; no soporta ningún control o regulación que trate de limitar su voracidad; promueve la competitividad implacable anulando las posibilidades de una cooperación cada vez más necesaria; hace imposible echar las bases políticas y éticas de cualquier proyecto de gobernanza mundial.”

Sostiene Pagola que la actual crisis económica por la que atravesamos está inserta en otras dos más graves, cuyo origen se produce en el mismo sistema económico-financiero: por un lado, la crisis que genera el hambre, la miseria y la destrucción para dos tercios de la población mundial; por otro, una crisis en el equilibrio medioambiental por la sobreproducción y el consumo ilimitado. Por ello, concluye, estamos ante una crisis de la Humanidad²⁹⁶.

²⁹⁶ “...Esta crisis económica se está produciendo en el seno de otras dos crisis más graves, generadas en buena parte por el mismo sistema. Dos tercios de la Humanidad se hunden en la miseria, la destrucción y el hambre en países cada vez más excluidos del poder económico, científico y tecnológico. Por otra parte, el sistema de producción y consumo ilimitado no es sostenible en una Tierra pequeña y de recursos limitados: la degradación creciente del equilibrio ecológico nos está conduciendo hacia un futuro cada vez más incierto de la biosfera y del destino del ser humano.

Por eso, la actual crisis no es sólo una crisis económico-financiera. Es una crisis de la Humanidad. El sistema que dirige en estos momentos la marcha del mundo es objetivamente inhumano: conduce a una minoría de poderosos a un bienestar insensato y deshumanizador, y destruye la vida de

En cuanto a la razón humana, señala Pagola²⁹⁷ que “...ha quedado secuestrada: no se pregunta por los fines, no se habla del sentido que tiene la historia de la Humanidad ni de cuál es el lugar del ser humano en la Tierra. El sistema hace imposible el consenso de los pueblos y las culturas para poner en el centro la razón del bien común de la comunidad humana en una Tierra que sea la Casa de todos.” Este es un punto fundamental para la teoría de la naturaleza de la cosa. Se concluyó que la manera de extraer reglas de la misma era el razonamiento teleológico, esto es, el ser humano haciendo girar su entendimiento en torno a las cosas mismas hasta penetrar en su esencia para posteriormente formular conclusiones que resuelvan las necesidades sociales, procediendo a posteriori a otorgarse por la sociedad a la que se legisla rango de Ley a dichas conclusiones. La Ley será así pensamiento razonado sancionado por la comunidad, como señaló Werner Jaeger²⁹⁸. Pero si efectivamente ocurriera que la razón está secuestrada, si fuera el caso que los fines no se cuestionan ni se tomara en consideración el sentido de la historia, otorgando más poder a minorías sin escrúpulos y deshumanizadas que no tengan en consideración tal sentido de la historia ni el lugar del ser humano en la tierra, realmente puede afirmarse que se ha olvidado la relevancia, el papel primordial de la naturaleza de la cosa y que ésta será ahora más necesaria que nunca.

Respecto a posibles soluciones, sostiene J.A. Pagola que las aportadas son falsas, pretendiendo únicamente salvaguardar el funcionamiento del propio sistema y gestionando la crisis económica de forma aislada, fuera del contexto global²⁹⁹. Postulará este autor

inmensas mayorías de seres humanos indefensos”. En PAGOLA, J. A., *op.cit*, pág. 1.

²⁹⁷ PAGOLA, J. A., *op.cit*, pág.1.

²⁹⁸ Véase el capítulo VI de esta tesis.

²⁹⁹ “...se promueven falsas soluciones a la crisis pensando sólo en salvar el funcionamiento del sistema. Se gestiona la crisis económica como una realidad aislada de su contexto global: el hambre en el mundo, la crisis

actuaciones alternativas partiendo del mensaje de Jesús en el Evangelio, lo que se considerará al final de este mismo apartado.

Retomando el análisis de la realidad social actual, llega el momento de considerar la Red y las nuevas tecnologías de la información, así como su presumible contribución benéfica la libre circulación de ideas, propiciando la difusión de las mismas y la desconcentración de su posesión en manos de unos pocos para ponerlas a disposición de la generalidad. Al respecto, se sugiere que paradójicamente conducen al control de la información por una minoría así como a la vulneración de la privacidad³⁰⁰.

Se trataría, pura y simplemente, de técnicas de control social; control político dirigido por la economía ("*...la única política económica posible*") y concentración de la riqueza en muy pocas personas, ampliándose desmesuradamente el abismo entre ricos y pobres. Ante tales planteamientos, cabe preguntarse si estamos a las puertas de

realidad aislada de su contexto global: el hambre en el mundo, la crisis energética, el carácter insostenible del ritmo de producción actual, el deterioro creciente del Planeta son «factores externos» que solo se tienen en cuenta en la medida en que puedan interesar para salvar el sistema. No se dan pasos hacia un sistema diferente que tenga en cuenta el destino común y compartido del ser humano en la Tierra. Los poderosos que hoy dominan el mundo resuelven siempre sus crisis, sordos al clamor de los hambrientos y ciegos ante la devastación creciente del Planeta. Todo se sacrifica al Ídolo del Dinero. El historiador Eric Hobsbawn dice así: «No sabemos a dónde vamos, sino tan solo que la historia nos ha llevado hasta este punto». En PAGOLA, J. A., *op.cit.*, pág.1.

³⁰⁰ "... la supuesta libertad para fundar medios de información, de la que depende el pluralismo en que se funda toda democracia, resulta ilusoria ante las prácticas de unas pocas empresas que la generan y distribuyen en régimen de oligopolio. Y el único canal que permite hacer circular la información de forma realmente democrática, la Red, se halla controlado y sometido a prácticas que, con el pretexto de la seguridad, violan la intimidad de millones de ciudadanos en todo el planeta". GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 232.

una nueva edad media (salvando las distancias) donde los nuevos señores feudales sean oligopolios económicos que tracen las líneas de lo político; si se están utilizando las nuevas tecnologías (como *Internet*) más allá de servir de redes que unan a los seres humanos para controlarlos bajo los poderes económico-políticos establecidos; si la mundialización encubre la instauración de un imperio económico-político mundial en vez de conducir a la sociedad universal y democrática que soñaron los ilustrados³⁰¹.

Cabe asimismo cuestionar si existe algún camino para contribuir a la universalización real (más que nominal) de los derechos humanos, por encima de planteamientos retóricos pero no efectivos. En este punto son a considerar los denominados derechos humanos de tercera generación.

Tal y como expone el profesor Juan Antonio Gómez en la obra referida en la cita anterior, bajo tal denominación se agrupan una serie de derechos que persiguen realizar el principio de solidaridad de una forma práctica, efectiva, en el momento actual fruto de las transformaciones acaecidas en el último cuarto del siglo XX. Tratarán estos derechos, más allá de los de segunda y primera generación, derechos económicos, sociales y culturales los de la segunda y de

³⁰¹“...Existe la sospecha de que la mundialización no es lo que pretende ser, una concurrencia de todos los agentes económicos del planeta en un mercado común con capacidad para distribuir adecuadamente los recursos, puesto que quienes dictan las reglas de esa concurrencia, las grandes empresas transnacionales, no miran por otros intereses que los suyos propios. Se ha hablado, por ello, de la *mundialización gobernada*.

Aunque el tema es complejo (...) es posible que los mismos mecanismos generados por la mundialización (o, más bien, por la manera en que ésta viene desarrollándose hasta ahora) sean, en buena parte, los responsables de la imposibilidad de conseguir una mejora de la situación mundial en materia de derechos humanos”. En GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 232-233.

contenido civil y político los de la primera, de cubrir "... *bienes e intereses de carácter general y común, al actuar como criterio aglutinador de los miembros que componen una determinada comunidad de intereses y responsabilidades*"³⁰², sustentándose sobre la referencia axiológica del principio de solidaridad. ¿Qué se entiende por solidaridad? Tal y como expone Gómez, será éste un concepto que englobe diversos valores, como espíritu de cooperación y de sacrificio altruista en aras de hacer converger la pluralidad de intereses particulares en un fin común. Aquí convergerá la idea de dignidad de la persona, de cara a la interrelación entre diversas comunidades partiendo del reconocimiento de la más amplia igualdad entre seres humanos y de la identidad de problemas que nos afectan y decisiones necesarias para encarar su resolución en el ámbito internacional, en temas como la paz, el medio ambiente, etc. Ante la amplitud del actual marco globalizado, criterios tradicionales como la etnia, religión, nacionalidad, clase social, etc. carecen de sentido, teniendo que abordarse su resolución desde la perspectiva más amplia que ofrece la solidaridad y en una proporción superior a la escala de los Estados nacionales. Será la solidaridad (otra manera de denominar el amor práctico, activo, operando efectivamente en nuestro mundo) la que permitirá hablar de comunidad de intereses a escala universal.

Entre los diversos factores de origen histórico que han conducido a la compleja situación actual, citará Juan Antonio Gómez en la obra más arriba referenciada:

- a) La proliferación y el uso indiscriminado de las nuevas tecnologías, consecuencia de la denominada revolución tecnológica de los últimos treinta años. Así, por ejemplo, la degradación medioambiental fruto de procesos productivos basados en la tecnología atómica o el abuso

³⁰²GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 265.

de tecnologías ya empleadas desde hace tiempo con la consiguiente destrucción de la capa de ozono, haciendo replantear este contexto, por ejemplo, el clásico derecho a la vida en términos mucho más amplios.

- b) La crisis de legitimidad democrática del modelo clásico de Estado-nación, dada la pérdida de importancia del Estado nacional en el contexto de la mundialización y la decreciente influencia de tal modelo de Estado como protagonista internacional o sujeto económico o político a la hora de conformar lo social. Todo ello también confluye y redundando en un progresivo vaciado del concepto de democracia representativa, pues los ciudadanos se han visto relegados a posiciones menos relevantes en la toma de decisiones, debido a que los instrumentos de representación política ceden protagonismo ante la ampliación de funciones de los puramente administrativos y ejecutivos, y sobre todo que la primacía de los esquemas que impone el mercado y sus relaciones reduce en gran medida el ámbito de la libertad en cuanto a decisiones de poder, diluyéndose el protagonismo de parlamentos y ciudadanos en la acción y el control políticos.
- c) El advenimiento de los derechos de tercera generación se corresponde con la crisis de garantías de los de segunda, esto es, de los económicos, sociales y culturales en el moderno Estado social, poniéndose de manifiesto la insuficiencia de los mismos para la consecución del principio de igualdad y la necesaria búsqueda de otros mecanismos político-jurídicos que cubran dichas necesidades, lo cual conduciría incluso a la realización práctica de tales derechos de tercera generación por vías

diferentes a las vías institucionales clásicas (por ejemplo mediante las ONG), lo que constituirá la característica más específica de tales derechos como señala Juan Antonio Gómez.

- d) Los derechos de los pueblos. Esta denominación, con la que también se alude comúnmente a los derechos humanos de la tercera generación, está plena de significado. La perspectiva comprensiva del concepto de los derechos humanos ahora será global, desplazando su percepción desde el norte hacia los países del sur y reclamando su garantía desde el principio de solidaridad³⁰³. El protagonismo de los derechos pesa ahora en la sociedad civil internacional (por otra parte, mayoritariamente tercermundista).

A la hora de enumerar un catálogo de derechos de tercera generación, al ser todavía una categoría difusa, no hay acuerdo en la doctrina, si bien pueden considerarse (entre otros) los más

³⁰³“...En definitiva, el reconocimiento de estos nuevos *derechos humanos de la tercera generación* pone de manifiesto, desde el punto de vista geopolítico, el desplazamiento de la percepción de los derechos humanos desde el contexto de los países del Norte hacia el de los del Sur; en tanto que se reclama, desde el principio de solidaridad y desde su afirmación genérica como *derechos de los pueblos*, la necesidad de proclamar y garantizar los derechos humanos en general bajo la perspectiva de aquellos. *El derecho a la paz, los derechos ecológicos, el derecho al desarrollo, los derechos informáticos (ninguno de ellos recogido explícitamente en la Declaración de 1948), etc. demuestran que el centro de gravedad de los derechos humanos se ha desplazado desde el ámbito clásico del Estado (del llamado primer mundo) al de la sociedad civil internacional (abrumadoramente tercermundista)*. En GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 264.

significativos, de acuerdo con la opinión más extendida y continuando con la exposición referida del profesor Gómez:

- a) El derecho al desarrollo; será la enorme desigualdad entre países ricos y pobres la que genere la diferencia económica y de bienestar social entre personas de una u otra nacionalidad o que residan en diferentes países. Todo ello conduce a los países más pobres a reivindicar su desarrollo económico en aras a conseguir una mayor igualdad de acuerdo con la dignidad que les corresponde.
- b) El derecho al medio ambiente saludable. Las graves agresiones medioambientales (tecnología nuclear y accidentes derivados de la misma, efecto invernadero, destrucción de la capa de ozono, procesos de desertificación, etc.) que ha sufrido el planeta en los últimos cuarenta años plantean la necesidad de actuar al respecto por encima de los intereses particulares de los Estados, entendiéndose este derecho como “... *aquel que pretende garantizar las condiciones naturales necesarias para asegurar la existencia de la vida humana en la Tierra*”³⁰⁴.

Abundando en este punto, fundamental para mantener el equilibrio planetario a juicio del autor de esta tesis, es interesante hacer referencia a los estudios de Annie Leonard³⁰⁵ sobre cómo el sistema productivo actual nos está llevando cada vez más cerca de los límites soportables por el planeta tierra. Así, vivimos dentro de un sistema natural cuyos recursos son limitados y que se está llevando (y

³⁰⁴GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 272.

³⁰⁵LEONARD, A., *La historia de las cosas: de cómo nuestra obsesión por las cosas está destruyendo el planeta, nuestras comunidades y nuestra salud. Y una visión del cambio*, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, 2010.

forzando) al límite para mantener el actual nivel de producción de cosas³⁰⁶, conduciendo los actuales planteamientos económicos de producción hacia los límites de la capacidad planetaria para mantener la vida. Aludiendo solamente al dato de emisiones de co₂ sostenibles, “...con la generación actual de volúmenes mundiales de bienes y servicios ya estamos produciendo más de cinco veces (cerca de seis, en realidad) el nivel de emisiones de co₂ que necesitaríamos reducir hacia 2050 para evitar el caos climático total ³⁰⁷”. Se concluye este punto con una última referencia a

³⁰⁶“...Hay (literalmente) cientos de libros e informes, provenientes de incontables fuentes confiables y fidedignas, que documentan el estado actual del planeta. He aquí unos pocos datos a destacar:

- En julio de 2009 ya había 387,81 partes por millón (ppm) de dióxido de carbono (co₂) en la atmósfera. Científicos destacados de todo el mundo han establecido la cantidad de 350 ppm como el nivel máximo que puede contener la atmósfera para que el planeta permanezca tal como lo conocemos.
- En todos los cuerpos que se analizan hoy en día en cualquier lugar del mundo, incluidos los bebés recién nacidos, aparecen sustancias químicas industriales y agrícolas de carácter tóxico.
- La contaminación del aire en interiores mata a 1,6 millones de personas por año; el aire exterior se lleva otras 800 mil vidas anuales.
- Aproximadamente un quinto de la población mundial –más de 1.200 millones de personas– padece escasez de agua, recurso que se torna cada vez más escaso.
- La desigualdad global de ingresos es pasmosa. En la actualidad, el 1% más rico del mundo concentra tantas riquezas y cosas como el 57% más pobre.

Entonces, ¿qué ocurre cuando hay un subsistema como la economía que crece de forma continua en el interior de un sistema de tamaño fijo? Se choca contra la pared. Nuestro expansivo sistema económico está alcanzando los límites de la capacidad que tiene el planeta para sostener la vida”. En LEONARD, A., *op.cit.*, pág. 23.

³⁰⁷LEONARD, A., *op. cit.*, pág. 25.

los estudios de Leonard³⁰⁸ en los que sentencia cómo de no cambiar los sistemas económicos de producción, será la misma economía la que destruirá nuestro planeta.

- c) El derecho a la paz. La enorme capacidad de destrucción del armamento moderno y sus crueles efectos conducen a reconocer institucionalmente a la paz como valor social fundamental, base de toda vida y del desarrollo de la democracia. Este derecho implica la articulación de procedimientos sociales que garanticen la pacífica resolución de conflictos lejos del recurso a la violencia.

Otros derechos son enunciados, como el de la autodeterminación de los pueblos, derechos informáticos, etc. Surge aquí de nuevo la cuestión de cómo conseguir su realización efectiva, esto es, desentrañar si existe algún camino para contribuir a la universalización real (más que nominal) de los derechos humanos, más allá de planteamientos retóricos carentes de efectividad. Al respecto, plantea el profesor Muñoz de Baena³⁰⁹ las tesis de Ferrajoli, que postulan un *constitucionalismo mundial*; se propone que la

³⁰⁸“... En pocas palabras, si no redirigimos nuestros sistemas de extracción y producción, si no cambiamos el modo en que distribuimos, consumimos y desechamos nuestras cosas –el modelo que consiste en sacar-fabricar-tirar–, la economía tal como es matará al planeta. Mientras escribo estas palabras llegan noticias significativas: los mercados financieros colapsaron y fueron resucitados sólo parcialmente gracias a los vastos rescates de Washington/Wall Street; los precios de los alimentos son erráticos y causan miseria tanto entre los agricultores como entre los hambrientos del mundo; los niveles de dióxido de carbono suben a proporciones que amenazan la vida, y recursos como el petróleo, el pescado y el agua dulce se tornan más escasos día a día”. En LEONARD, A., *op.cit.*, pág. 25.

³⁰⁹GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, págs. 236-238.

mundialización se extienda progresivamente a los derechos humanos, más allá de la mundialización económica. Expone cómo, en su origen, los conceptos de *ciudadano* y *hombre* fueron sinónimos, pero en la actualidad no coinciden los *derechos del ciudadano* con los *derechos del ser humano* (piénsese en los inmigrantes y los ciudadanos nacionales de un país, donde más allá de desigualdades económicas se plantea la radical diferenciación entre no ciudadanos y ciudadanos). Así, revitalizando el concepto de *hombre* (entendido como *persona*, más amplio) frente al más restrictivo de *ciudadano*, concluye que:

“... los derechos del hombre son la clave del universalismo, mientras que los derechos del ciudadano operan del modo restrictivo que hemos visto; y ello se debe a que, según Ferrajoli, sólo los derechos políticos son definitorios de la ciudadanía, al contemplar al individuo en cuanto ciudadano de un Estado determinado³¹⁰”.

Se propone por ende un *constitucionalismo de derecho internacional*³¹¹, limitando la soberanía estatal en aras de garantizar la

³¹⁰GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, págs. 237-238.

³¹¹“...El *constitucionalismo de derecho internacional* en que esto se traduce propone, pues, una limitación de la soberanía estatal (fenómeno, por otra parte, que lleva años produciéndose y al que no es ajena la propia mundialización) en aras del “...establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior”. *Los derechos deberían, de este modo, ser tomados como indisponibles por el mercado, revertiendo precisamente la tendencia instaurada por la mundialización*”. En GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J. L., *op. cit.*, pág. 238.

paz y los derechos humanos de forma efectiva; se establecería así un sistema jurídico de base constitucional e internacional, real y efectivo, a favor del ser humano por el mero hecho de serlo, que limite la soberanía nacional y garantice de forma segura la salvaguarda de los derechos fundamentales por encima (sobre todo) de los intereses del mercado o la economía. Y aquí es donde entra en juego la naturaleza de la cosa y su contribución a los antedichos planteamientos.

Tal como Norberto Bobbio la pensó y así se expuso anteriormente, la noción de naturaleza de la cosa puede concebirse como función económica y social de las instituciones y en particular de la pública que gobierna y conocemos como Estado, ya sea nacional o supranacional. La función económica ha de ir ligada a la función social para conseguir el equilibrio que llamamos justicia. Y si los intereses económicos o de mercado se separan de los sociales, es criterio de justicia que el Estado, ya sea nacional o supranacional, reconduzca la economía hacia la dimensión social que ha perdido con el fin de alcanzar el equilibrio de lo justo. Aquí, la naturaleza de la cosa se integra plenamente en el constitucionalismo mundial, coincide (como no puede ser de otra manera) con el sentir común de los pueblos al reivindicar los denominados derechos humanos de tercera generación y apunta en el establecimiento de una Carta Magna Universal que asegure garantías patentes en pro de los derechos humanos, todo ello de acuerdo con su fin económico-social, ya que los planteamientos económicos que se separan de los sociales rompen el criterio de lo justo. Ese criterio de justicia, interdependiente de lo social, conducirá hacia la unidad, pero no hacia una integración forjada por unos *sobre* otros, sino a una *común-unidad*, donde las diferencias en recursos y en derechos se palien hasta que desaparezcan.

J. A. Pagola³¹² sugiere propuestas desde el Evangelio conducentes hacia tales logros. Frases de Jesús cómo *“No podéis servir a Dios y al dinero”*³¹³ (no pueden servir a Dios quienes, dominados por la codicia, hunden en el hambre y la miseria a sus hijos e hijas, quienes se pierden en el ansia de acumular), *“Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”*³¹⁴ (no se puede sacrificar la dignidad ni la vida de los indefensos a poder político, financiero o económico alguno, ya que los humillados por los poderosos son de Dios) y sobre todo, ha llegado el momento de recuperar la Compasión (*“Sed compasivos como vuestro Padre es compasivo”*³¹⁵) ya que lo decisivo, lo que realmente contará para Dios (y para este mundo) es la ayuda práctica a los que sufren. La solidaridad efectiva. El amor. Como sostiene el mismo Pagola³¹⁶, *“...No es lícito encerrarnos en la «sociedad del bienestar» ignorando esa otra «sociedad del malestar» en la que millones de seres humanos nacen para extinguirse a los cinco o seis años de una vida que sólo ha sido muerte. No es lícito instalarnos en la seguridad olvidando a quienes sólo conocen una vida insegura y amenazada. Desde su tragedia hemos de aprender a mirarnos a nosotros mismos como seres ridículos que vivimos en la abundancia, curvados en la autocompasión.”* Así, postula lo que propone el mismo Jesús del Evangelio, hacer efectiva la compasión, comenzando por la *compasión política* a la que considera, más que imperativo ético o llamada evangélica, necesidad urgente para rescatar al ser humano de hoy³¹⁷, continuando por la *compasión*

³¹²PAGOLA, J. A., *op.cit.*, págs. 4 y ss.

³¹³Evangelio de Lucas, 16, 13; Evangelio de Mateo, 6, 24.

³¹⁴Evangelio de Marcos 12, 17; Evangelio de Mateo 22, 21; Evangelio de Lucas 20, 25.

³¹⁵Evangelio de Lucas 6, 36.

³¹⁶PAGOLA, J. A., *op.cit.*, pág. 10.

³¹⁷“... Si el poder político se desentiende del sufrimiento de las víctimas, siempre terminará doblegándose a las leyes del mercado, al modelo de producción y consumo sin límites y a la competitividad total. La política mundial será, cada vez más, rehén del poder financiero y de sus exigencias.

*individual de los que buscan el Reino de Dios*³¹⁸: “...*La crisis puede ser un tiempo de gracia y conversión para los seguidores de Jesús. Va a ser larga y dura. Junto a gestos admirables de solidaridad, es previsible el crecimiento del egoísmo (sálvese quien pueda). Es probable que crezcan los sentimientos de rabia, impotencia y desesperanza. Será un tiempo de prueba y también de crecimiento. En los próximos años podremos comprometernos a buscar de manera más práctica caminos al reino de Dios y su justicia: siguiendo a Jesús de manera más pobre y libre; viviendo desde una compasión más solidaria, estando junto a los últimos con más verdad y realismo.*”

No se niegan los tintes utópicos de estos planteamientos, que pretenden alcanzar la solidaridad efectiva de que se ha tratado en páginas precedentes, eje de los denominados derechos humanos de los pueblos o de tercera generación, sobre todo tras el análisis de la actual situación mundial. Al respecto, apúntese un último texto del Evangelio, en concreto de Lucas (Lc. 4,16-30)³¹⁹ que también recoge

Dejaremos el mundo globalizado en manos de un sistema ciego, anónimo e irresponsable que seguirá deshumanizándonos a todos. La compasión política no es sólo una llamada de Jesús o un imperativo ético. Es una necesidad urgente para salvar hoy al ser humano.” En PAGOLA, J.A., *op. cit.*, pág. 11.

³¹⁸ PAGOLA, J. A., *op. cit.*, pág. 12.

³¹⁹“...16 Vino a Nazaré, donde se había criado y, según su costumbre, entró en la sinagoga el día de sábado, y se levantó para hacer la lectura.

17 Le entregaron el volumen del profeta Isaías y desenrollando el volumen, halló el pasaje donde estaba escrito:

18 *El Espíritu del Señor sobre mí, porque me ha unguido para anunciar a los pobres la Buena Nueva, me ha enviado a proclamar la liberación a los cautivos y la vista a los ciegos, para dar la libertad a los oprimidos*

19 *y proclamar un año de gracia del Señor.*

20 Enrollando el volumen lo devolvió al ministro, y se sentó. En la sinagoga todos los ojos estaban fijos en él.

21 Comenzó, pues, a decirles: «Esta Escritura, que acabáis de oír, se ha cumplido hoy.»

una gran utopía, pero que constituye la misión de Cristo: proclamar la libertad a los cautivos, a los oprimidos, anunciar a los pobres la Buena Noticia y curar a los que tienen destrozado el corazón... Una misión que para los cristianos creyentes conducirá, caso de alcanzarse tales postulados, hacia la unidad por encima de diferencias sociales en recursos o derechos en una sociedad global que arribará en la cristogénesis, cuya vía de acceso es la solidaridad práctica (que constituye el eje de los derechos humanos de tercera generación) o el amor *de facto*, en todas sus manifestaciones y en cuya construcción han de caminar tomados de la mano lo económico, lo social y lo jurídico como partes indisolubles de un mismo todo.

22 Y todos daban testimonio de él y estaban admirados de las palabras llenas de gracia que salían de su boca. Y decían: « ¿No es éste el hijo de José?»

23 Él les dijo: «Seguramente me vais a decir el refrán: Médico, cúrate a ti mismo. Todo lo que hemos oído que ha sucedido en Cafarnaúm, hazlo también aquí en tu patria.»

24 Y añadió: «En verdad os digo que ningún profeta es bien recibido en su patria.»

25 «Os digo de verdad: Muchas viudas había en Israel en los días de Elías, cuando se cerró el cielo por tres años y seis meses, y hubo gran hambre en todo el país;

26 y a ninguna de ellas fue enviado Elías, sino a *una mujer viuda de Sarepta de Sidón*.

27 Y muchos leprosos había en Israel en tiempos del profeta Eliseo, y ninguno de ellos fue purificado sino Naamán, el sirio.»

28 Oyendo estas cosas, todos los de la sinagoga se llenaron de ira;

29 y, levantándose, le arrojaron fuera de la ciudad, y le llevaron a una altura escarpada del monte sobre el cual estaba edificada su ciudad, para despearle.

30 Pero él, pasando por medio de ellos, se marchó". En Lc. 4,16-30.

CONCLUSIONES

PRIMERA. PLANTEAMIENTOS ACTUALES DE LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA COSA

Tras la elaboración del trabajo de investigación en que consiste esta tesis, puede concluirse que la teoría de la naturaleza de la cosa alude directamente al sentir común social que debe informar el ordenamiento jurídico positivo, en el que éste recoja y regule las demandas esenciales de una sociedad determinada en un momento histórico concreto. Dimana de las relaciones de vida efectivas, por lo que es un concepto en evolución, como cada sociedad a la que se legisla, como el propio ser humano. Pretende que las normas se acomoden a la *esencia de cada pueblo*, sin caer en el relativismo o el historicismo, buscando alcanzar una justicia real desde una perspectiva aristotélica, una plenitud del concepto de justicia donde coincidan justicia formal y material, lo que se ha definido en esta obra como lo justo natural, entendido tal concepto de justicia como entelequia o plenitud de lo justo respecto a una sociedad determinada y al mismo tiempo mecanismo necesario para que un grupo social alcance su máxima potencialidad de acuerdo con su naturaleza.

Desde una visión actual, se sostiene también que la naturaleza de la cosa no sólo tendrá carácter de fuente informal, indirecta y material del derecho positivo (a favor de lo cual recuérdense los postulados de H. Schambeck, W. Maihofer, K. Larenz, E. Díaz, N. Bobbio y G. del Vecchio entre otros) y de la jurisprudencia, sirviendo al juez para completar las lagunas jurídicas y actuando como criterio de interpretación normativo, sino que en su planteamiento como función económica y social de las instituciones públicas actuará como entelequia del poder ejecutivo, constituyendo el razonamiento

teleológico sobre las relaciones de vida, sobre la realidad concreta y las necesidades efectivas de un grupo social determinado, el criterio metodológico deseable en la elaboración normativa que para dicho grupo se realice por el propio legislador.

SEGUNDA. LA LÓGICA SOCIAL DE LA NATURALEZA DE LA COSA

Si bien por algunos autores se ha negado la posibilidad de extraer de la realidad de las cosas juicios de valor desde la perspectiva del razonamiento lógico, tales argumentos han sido rebatidos partiendo de la base de que hay muy diferentes tipos de "cosas", que en el caso que nos ocupa el concepto alude a la realidad social del *ser humano*, esto es, al sentir común de personas que se rigen por sus propias conciencias individuales y se comportan de manera diferente ante unos mismos estímulos (lo cual escapa al razonamiento lógico e implica una diferencia sustancial a la hora de abordar el tema, como es diferente la metodología que ha de aplicarse en el estudio del comportamiento humano frente a, por ejemplo, las matemáticas).

Asimismo, la propia naturaleza rectamente entendida y el real ser de la misma, que apriorísticamente podría considerarse amoral, tiende *de facto* hacia su perfeccionamiento, esto es, hacia el mayor bien al que pueda aspirar y dicha tendencia se encuentra ínsita en dicho ser como potencia, como posibilidad; no proviene de nada ajeno a este y es susceptible de convertirse en real.

Por tanto, cuando hablamos de la "cosa" nos referimos a la *persona*, al sentir común de un grupo humano inmerso en su realidad social. Dicha realidad social no es ajena (ni mucho menos) a la moralidad; el ser humano está dotado de *conciencia*, es *libre* para obrar en consonancia o no con la misma y habrá de responder por aquellos actos que realice con pleno entendimiento y voluntad. Tampoco es

ajena a la historia, ya que la realidad social no es algo abstracto o acabado, sino que se encuentra en desarrollo permanente, como el propio ser humano que la genera; está haciéndose, en evolución, y es susceptible de ser analizada mediante procedimientos que determinen su orientación, su sentido y su concordancia con lo justo, pero no con un concepto abstracto de justicia, sino con un sentido concreto de lo justo que emane de tal realidad ínsita en las relaciones vitales. Ahí tendrá plena cabida la naturaleza de la cosa, incardinada en las circunstancias vitales, comprendiendo el ser histórico de la persona y del grupo en que esta se inserta, constituyendo tal sentir común social el punto de partida de un *derecho vivo de contenido sociológico* (usando la terminología de Ehrlich) que no tiene por qué contradecir a la norma estatal y ha de ser guía de la misma, desde una perspectiva evolutiva y siempre dentro del marco del respeto a los derechos humanos.

Contéplense finalmente los postulados de la nueva visión hermenéutica, que en su comprensión integradora tiene en cuenta tanto el plano ontológico como el epistemológico y apunta a lo que en esta tesis se plantea como retorno a lo aristotélico y a la búsqueda de lo “justo real” o justo por naturaleza. Lo que se dice de algo y aquello en lo que ese algo consiste verdaderamente son dos maneras de contemplar una única realidad, en este caso lo verdaderamente justo para un pueblo, para un grupo humano de acuerdo con la esencia del mismo.

TERCERA. LOS LÍMITES DE LA TEORÍA EN LA NATURALEZA SANA O LA EVOLUCIÓN NO DEGRADADA

También se ha planteado por diversos autores la posibilidad de que la naturaleza de la cosa sea utilizada para sostener postulados tales como los que encumbraron al III Reich en Alemania. Tales

visiones de la naturaleza de la cosa no son más que enfoques desde una perspectiva inversa y deformada lo que realmente persigue la doctrina, que consiste en un derecho natural de contenido sociológico, no abstracto sino concreto, vinculado a la realidad desde una perspectiva objetiva que propicie el ajuste entre ordenamiento jurídico y sentir común social, lo que se manifestará, entre otras cosas, en la interpretación de las normas por jueces y tribunales de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas.

Efectivamente, puede ocurrir que el sentir común de los individuos que constituyen una nación se desvirtúe, se degenera hasta el punto de reclamar (o querer elevar a principio de rango legislativo), amparándose en la naturaleza de la cosa, posturas tales que amparen, por ejemplo, el genocidio selectivo de otros individuos por el hecho de su diferencia con los patrones establecidos por su grupo. Ante tales supuestos, ha de considerarse que el derecho no puede desvincularse de la realidad y los grupos humanos regidos por el mismo ya no están aislados en la actualidad. Hoy en día ha de tenerse en cuenta más que nunca la realidad social global a la hora de concretar el derecho en normativa, así como los derechos fundamentales que asisten y corresponden a los seres humanos por el hecho de serlo; no se tratará de plantear la realidad desde planteamientos abstractos, ni de centrarse en la misma desde una perspectiva aislada, sino de alcanzar una visión de lo real que no pierda de vista el macro-fenómeno jurídico. El supuesto retorno del derecho natural postulado por la naturaleza de la cosa no deriva de unos teóricos principios supremos y abstractos, ajenos al ser humano, sino *del propio ser humano y de sus relaciones de vida. Ahí está la "cosa"*. Dichas relaciones contienen un orden ínsito en las mismas, pero tal orden puede desvirtuarse, "degenerarse", y no sólo en un individuo, sino que tal degradación puede llegar a alcanzar a un grupo humano.

En ese caso, ante la cuestión de si se considera que derivarán de la naturaleza de la cosa los postulados que puedan dimanar de las relaciones de vida desvirtuadas de tales individuos, surge una doble respuesta. Habrá quien entienda que *no derivarán* de la naturaleza de cosa, ya que la naturaleza tiende hacia su perfeccionamiento, hacia el bien mayor al que pueda aspirar en cuanto a tal y los planteamientos antedichos no conducen en esa dirección, pudiendo considerarse al respecto la premisa que en su día formulara Santo Tomás de Aquino que niega cualquier realidad metafísica al mal al concebirlo como *ausencia de bien* o como privación. Por tanto, una supuesta naturaleza que tienda contra su entelequia se conduce contra su esencia, tiende hacia su autodestrucción y podrá considerarse, más que naturaleza sana, como antinaturaleza o ausencia de esta, a semejanza de un cuerpo humano que yace inerte, privado del hálito vital; el ser humano que constituía, dotado de entendimiento y voluntad, ya no ocupa dicho cuerpo, al estar ausente la vida.

Pero si se entiende que efectivamente derivarían de la naturaleza de la cosa aquellos postulados antedichos, la "cosa" en cuestión, esto es, las relaciones de vida humana que generasen normas contra natura, contra los derechos fundamentales inherentes a la especie, se entienden *degeneradas o arcaicas*; una naturaleza degenerada o primitiva, así como las relaciones que broten de la misma, no serán válidas para inspirar normativa alguna, ya que no se orientan (o lo hacen en un estadio obsoleto, fuera del macro-fenómeno jurídico) hacia lo que la naturaleza tiende, esto es, hacia su perfeccionamiento. Habrá de incardinarse la conducta o la propuesta normativa que se enjuicie conjuntamente con la realidad de los demás grupos humanos y normativas que conforman el macro-fenómeno jurídico aludido, abandonando la abstracción y encuadrando la actuación o normativa enjuiciada en el marco comparado de los derechos humanos (una presunta normativa que contravenga la Declaración Universal de Derechos Humanos carecerá de carácter

normativo y de fuerza jurídica, y mucho menos podrá aspirar a dimanar en la actualidad de la naturaleza de la cosa por su carácter primitivo o degradado). Se concluirá, por tanto, que el derecho natural de contenido sociológico que brote de la naturaleza de la cosa lo hará desde una perspectiva *sana* de tal naturaleza, *no degenerada u obsoleta* y sin perder de vista el macro-fenómeno jurídico, no teniendo en la actualidad fuerza o valor jurídico los postulados que contravengan las más elementales normas de derecho natural (*regula aurea* y principio del *bonum faciendum, malum vitandum*) así como, huyendo de la abstracción y sin perder de vista los postulados del macro-fenómeno jurídico, los postulados de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

CUARTA. LA NATURALEZA DE LA COSA, FUENTE DE DERECHO

Según se apuntaba a título introductorio en la conclusión primera, al presentar con carácter general los planteamientos actuales de la naturaleza de la cosa, se contempla el carácter de la misma como fuente informal, indirecta y material del derecho positivo (a favor de lo cual recuérdense los postulados de H. Schambeck, W. Maihofer, K. Larenz, E. Díaz, N. Bobbio y G. del Vecchio entre otros), así como de la jurisprudencia, sirviendo al juez para completar las lagunas jurídicas. El jurista puede recurrir al orden ínsito en el seno de las relaciones vitales cotidianas ante lagunas de Ley o normas poco claras e incompletas. Tal y como se ha planteado en esta obra, las relaciones vitales contienen en sí mismas su orden y medida, en mayor o menor manera desarrollados; se trata de un orden inmanente en las cosas mismas, objeto de este trabajo de investigación y al que se ha denominado naturaleza de la cosa. En caso de ausencia de norma positiva o de falta de claridad de la misma, o bien cuando una norma se presenta incompleta, el jurista

podrá acudir a la naturaleza de la cosa. Poco importa que se reconozca o no el carácter de fuente formal de derecho de la jurisprudencia, ya que esta se impone incontestablemente en la vida judicial, tesis avanzada cuya existencia reconocen juristas como Castán Tobeñas o Puig Peña y así se expuso en páginas precedentes.

Cuanto antecede es complementario a la presencia de la naturaleza de la cosa en los criterios interpretativos contemplados en el artículo 3.1 del vigente código civil español, esto es, ínsita en la interpretación normativa de acuerdo con la realidad social del tiempo en que tales normas han de ser aplicadas y atendiendo al *telos* de las mismas, lo que se aborda en la conclusión siguiente.

QUINTA. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN NORMATIVO

La interpretación de las normas, de acuerdo con el artículo 3.1 del código civil y la teoría de la naturaleza de la cosa, aboga porque el juez interprete una normativa de acuerdo con la realidad social (entendida en cuanto a fines de la sociedad) del tiempo en el que dichas normas han de ser aplicadas, sin dejar de tener en cuenta en dicho proceso la finalidad de la norma en cuestión en cuanto medio para alcanzar un fin, así como el resto de normas que regulen en su caso la materia o institución determinada de la que ésta forme parte, el derecho concreto en el que la norma se integra y el valor de la justicia como fin genérico de ese derecho.

Si los fines que constituyen la naturaleza de la cosa dentro de un determinado grupo humano postulan una interpretación normativa sustancialmente diferente de la finalidad de un precepto, tal y como fue concebido por el legislador en un momento histórico pasado, la resultante conduce inequívocamente al planteamiento de que será la realidad social en el tiempo en que una norma ha de aplicarse, la que determinará en su caso la derogación de tal precepto

disonante con las aspiraciones sociales efectivas y su sustitución por otro más acorde con dicha realidad social. Todo ello de acuerdo con la normativa donde se preceptúen los medios legales para realizar tal modificación y siempre tendiendo a alcanzar el fin de servir a la paz social que el derecho debe propiciar.

SEXTA. EL RAZONAMIENTO TELEOLÓGICO COMO MÉTODO PARA EXTRAER REGLAS DE LA NATURALEZA DE LA COSA

El legislador puede descubrir mediante su propia razón el orden que subyace inmanente en las cosas y concretarlo en normativa, enfocando la razón sobre los fines que le son propios a cada cosa partiendo de las relaciones de vida. Mientras tal regulación se adecúe y corresponda a la realidad social del tiempo en que las normas que la contienen deban aplicarse, serán verdadero contenido necesario del ordenamiento jurídico porque realmente dimanen de la naturaleza de la cosa, de ese “ser de la cosa” o realidad ontológica sobre la que el derecho opera y en tanto en cuanto tales normas no sean derogadas por los procedimientos legalmente establecidos, al dejar de corresponderse en su caso con la realidad social efectiva y su evolución, serán de obligado cumplimiento, dotando así de coactividad estatal efectiva a un orden ético.

Así, se aplicará el método finalista, inductivo-deductivo, que busca la comprensión última de las cosas o *verstehen* como proceso para destilar reglas desde la naturaleza de la cosa. De esta manera, partiendo de la observación de la cosa objeto de estudio, de los fenómenos particulares (en nuestro caso, la realidad social concreta a la que se tiende a dar respuesta jurídica), se buscará por qué suceden las cosas, esto es, se formulará una explicación de carácter general en un proceso inductivo, de abajo hacia arriba. Formulada tal explicación generalista, se proseguirá con el método deductivo, esto

es, deducir las cuatro causas (formal, material, eficiente y final) del fenómeno objeto de estudio. Y de las cuatro, la más trascendente será la final (*telos*) del fenómeno, lo esencial del mismo. Es fundamental enfocar la búsqueda teleológica no en abstracto sino hacia la situación concreta, centrándose en los datos particulares que se aprecien en una situación determinada. De esta manera, de acuerdo con el sentir común social real y efectivamente manifestado por los procedimientos legítimos que se han indicado en la tesis o que se regulen mediante las múltiples posibilidades que propician actualmente las nuevas tecnologías, como se desarrolla en una conclusión posterior, podrán destilarse normas desde la naturaleza de la cosa.

También es fundamental que el legislador destile reglas de la naturaleza de la cosa mediante el *razonamiento teleológico libre*, no “secuestrado” por el sistema económico-financiero actual. En caso de tal privación de libertad de conciencia, no podrá alcanzarse el consenso necesario de culturas y pueblos para anteponer con carácter prioritario a intereses más particulares el bien de la comunidad, una comunidad mundial que conforman los seres humanos más allá de razas y barreras geo-políticas.

Procede enfatizar el análisis de un punto tan importante para la teoría de la naturaleza de la cosa. Como se concluyó, la manera de extraer reglas de la misma era el razonamiento teleológico, esto es, el ser humano haciendo girar su entendimiento en torno a las cosas mismas hasta penetrar en su esencia para posteriormente formular conclusiones que resuelvan las necesidades sociales, procediendo a posteriori a otorgarse por la sociedad a la que se legisla rango de Ley a dichas conclusiones. La Ley será así pensamiento razonado sancionado por la comunidad. Pero si, efectivamente ocurriera que la razón esté secuestrada, si fuera el caso que los fines no se cuestionen ni se tome en consideración el sentido de la historia, otorgando cada

vez más poder a minorías sin escrúpulos y deshumanizadas que no tengan en consideración el lugar del ser humano en la tierra ni el respeto a la propia naturaleza, realmente puede afirmarse que se ha olvidado la relevancia, el papel primordial de la naturaleza de la cosa y que ésta, como se ha indicado, será ahora más necesaria que nunca.

SÉPTIMA. LA NATURALEZA DE LA COSA, ENTELEQUIA DEL PODER EJECUTIVO

El gobierno de los pueblos ha de ejercerse teniendo presente la naturaleza de los mismos, su identidad, atendiendo siempre a su entelequia entendida como fin último y primero al que un grupo humano puede aspirar y a su vez proceso para conseguir alcanzar dicha finalidad. La función de gobierno habrá de ejercerse de acuerdo con la identidad popular, ya que gobernar al margen de la misma, de una manera descontextualizada o fuera del dinamismo de una comunidad, conducirá necesariamente a la toma de decisiones arbitrarias y “antinaturales”, contrarias a la naturaleza de la cosa. Sólo gobernando atendiendo al *telos* de un pueblo, a lo que necesita cada sociedad en cada momento histórico, logrará el político alcanzar la misión para la que el pueblo le colocó en el lugar que ocupa.

Por cuanto antecede, la labor de los gobernantes consistirá prioritariamente en analizar el dinamismo de la comunidad que gobiernan y realizar su labor ejecutiva teniendo puestas las miras en el flujo real vital que se manifiesta en el devenir cotidiano. Esto implicará la toma de decisiones que amparen las demandas sociales dimanantes de las necesidades contingentes del momento de la manera más práctica posible.

OCTAVA. LA NATURALEZA DE LA COSA, FUNCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES Y EL ESTADO

Procede la interpretación del concepto de “naturaleza de la cosas” por el de “función económico social” de las instituciones como sugirió Norberto Bobbio, lo que se aprecia en particular en la institución pública que gobierna y conocemos como Estado, ya sea nacional o supranacional. La meta a alcanzar será conseguir que los ciudadanos se integren socialmente, económicamente y culturalmente, constituyendo una de las labores prioritarias del Estado la de promover de forma activa dicha deseable integración. Así, la labor de gobernar se orientará hacia un gobierno para todos pero con la mirada puesta en los más desfavorecidos, tendiendo siempre a conseguir una igualdad de oportunidades más real que teórica entre los ciudadanos y promocionando cultural, económica y socialmente, a tal efecto, a los individuos que lo precisen.

Así, la naturaleza de la cosa ejercerá desde esta perspectiva su papel económico-social en lo concreto y particular, teniendo en el punto de mira situaciones concretas y no cuestiones generales de derecho público. Las reducciones practicadas a la teoría tendentes a considerarla en exclusiva como razón lógica, como valor ideal, como dato económico o sociológico, esto es, en *abstracto*, conducen a un iusnaturalismo idealista y racionalista, distinto del derecho natural *concreto*, de contenido variable, ínsito en la naturaleza de la cosa.

En el capítulo III de esta tesis se habló de la teoría hilemórfica en Aristóteles; materia y forma, potencia y acto y la materia como potencia que se actualiza informándose, esto es, tomando forma. La forma es el vehículo que la esencia tiene para hacerse patente, donde reside lo esencial de cada cosa. En el ámbito constitucional, será en la Constitución o Carta Magna de un Estado donde se plasme la esencia de un pueblo, donde descansa el *telos* del mismo. Por ello, los poderes

públicos habrán de prestar un especial cuidado, entre sus variadas misiones, a los derechos recogidos en textos constitucionales como el de nuestra actual Carta Magna, pues es donde se plasma la esencia del pueblo español.

NOVENA. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO LA “GRATIA VIVENDI” PROPUGNADA POR SANTO TOMÁS

El Estado ha de proporcionar a sus ciudadanos la *gratia vivendi* que indicó Santo Tomás, la cual coincide en equivalencia de fines con la función institucional económico-social descrita en la conclusión anterior; la principal de todas las instituciones, la estatal, así como los poderes públicos a su cargo tienen una función primordial, han de procurar a los ciudadanos la *gratia vivendi*, esto es, que las personas a su cargo vivan, y no sólo sobrevivan, sino que vivan bien.

Se concibe así la naturaleza de la cosa como función de ordenación de la sociedad mediante leyes para procurar que los hombres vivan y vivan bien, teniendo como meta deseable alcanzar una justicia real en la cual se conjuguen lo justo material y lo justo formal, esos dos aspectos de una única realidad a la que, como se indicó anteriormente, se denomina justicia real desde la perspectiva aristotélica y en esta tesis se ha denominado justicia natural, esto es, lo justo acorde con la naturaleza.

DÉCIMA. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO VÍA HACIA EL CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL

La naturaleza de la cosa, entendida asimismo como función económica y social de las instituciones y en particular de la pública que gobierna y conocemos como Estado, ya sea nacional o supranacional, se integra plenamente en el constitucionalismo mundial, postulando el establecimiento de una Carta Magna

Universal que cuente con la aquiescencia del sentir común global y que asegure garantías firmes en pro de los derechos humanos, todo ello de acuerdo con su fin económico-social, ya que los planteamientos económicos que se separan de los sociales rompen el criterio de lo justo.

Asimismo, como se ha indicado el derecho natural de contenido sociológico que brota de la naturaleza de la cosa lo hace desde una perspectiva *sana* de tal naturaleza, *no degenerada u obsoleta* y sin perder de vista el macro-fenómeno jurídico, lo que se manifestará en su respeto esencial a los postulados de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no pudiendo considerarse en la actualidad como dimanante de la naturaleza de la cosa un presunto ordenamiento jurídico que quiera justificar postulados contrarios a tales derechos por lo degradado u obsoleto de las relaciones de vida en las que pretenda tener fundamento, no teniendo a día de hoy fuerza o valor jurídico.

Como asimismo se indicó, dicho criterio de justicia real correctamente entendido, interdependiente de lo social, conducirá hacia la unidad, pero no hacia una integración forjada por unos *sobre* otros, sino a una *común-unidad*, donde las diferencias en recursos y en derechos se palien hasta que desaparezcan.

UNDÉCIMA. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, MEDIOS PARA ALCANZAR LOS POSTULADOS DE LA TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA COSA

Las nuevas tecnologías permiten la articulación de procedimientos de participación social accesibles a los ciudadanos, procedimientos que puedan ponerse en práctica con carácter previo y posterior a la elaboración de las leyes, sirviendo de instrumentos de control a los poderes públicos, esto es, de apoyo y ayuda inestimable para que éstos puedan cumplir la labor económica y social para la

que nacieron y continuar proporcionando la *gratia vivendi* a los ciudadanos que gobiernan.

Hoy la ciudadanía tiene a su alcance instrumentos como *Internet* y el documento nacional de identidad electrónico, que permite realizar múltiples gestiones a través de la red e identifica plenamente a quien lo utiliza mediante la firma electrónica. Un ciudadano, mediante ese instrumento, podrá identificarse con la misma seguridad que cuando concurre a las urnas y lo exhibe con carácter previo a ejercer el derecho al sufragio. Por ello, las normas vigentes pueden adecuarse al sentir social de una colectividad mediante las nuevas tecnologías, propiciando que por parte del legislador se consulte a la ciudadanía con carácter previo a la redacción definitiva de una ley algunos extremos de la misma, o bien favoreciendo el sometimiento periódico de las normativas o alguna de sus partes a consulta popular mediante dichos instrumentos plebiscitarios adaptados a las nuevas tecnologías. Tales consultas podrán partir tanto de la iniciativa estatal como de los ciudadanos, que podrán manifestarse así desde sus domicilios o los lugares habilitados al efecto, siendo el procedimiento sencillo, accesible, al alcance de todos y además económico (a semejanza de la presentación telemática del impuesto sobre la renta de las personas físicas).

Lo esencial que no puede olvidarse en este proceso es el mayor respeto a la legalidad vigente, evitando casos como el de la consulta sobre el futuro político de Cataluña convocada para el 9 de noviembre de 2014 y posteriormente suspendida de forma cautelar tras la aceptación a trámite de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de España. Ninguna razón está por encima de la Ley. La naturaleza de la cosa empuja a respetar el sentir común social de los ciudadanos, pero de *todos los ciudadanos* que

forman parte de un pueblo, en este caso el español, y no sólo de una parte de los mismos.

DUODÉCIMA. LA NATURALEZA DE LA COSA, TEORÍA EN LÍNEA CON LOS PLANTEAMIENTOS DE LOS SANTOS PADRES BENEDICTO XVI Y FRANCISCO

La naturaleza de la cosa concuerda con los postulados del Papa Benedicto XVI cuando el mismo señala que es en la conciencia individual donde da comienzo la vida social auténtica. Asimismo, la enseñanza de la Iglesia tendrá su punto de apoyo en dicha conciencia; como asimismo se indicó será esta conciencia individual primero, y social después o viceversa, la que impulse a la plasmación en normas positivas, de vigencia temporal efectiva, de aquellas otras normas que más allá de ser un pretexto ideológico son verdadero derecho, un derecho no vigente pero camino de realizarse, de concretarse o plasmarse físicamente en ordenamientos directamente vinculantes y exigibles porque dimanen de ese sentir social que se ha venido a denominar naturaleza de la cosa. El propio Benedicto XVI demanda que para discurrir correctamente la economía precisa de una ética amiga del ser humano, centrada en su promoción y desarrollo, que anteponga a la persona frente a cualquier otro tipo de intereses (fundamentalmente económicos) y sostiene, aludiendo a la relación entre el ser humano y el medioambiente, que dicho ambiente natural es un don cuyo uso es una responsabilidad no sólo con las generaciones futuras, sino con los pobres y con toda la humanidad, considerando la naturaleza como expresión de un proyecto de verdad y de amor, proyecto que habrá que saber leer y respetar de acuerdo con lo ya expuesto al abordar el tema de los derechos humanos de tercera generación y la mundialización.

Asimismo, apela a la dignidad de la persona y a la ley natural como garante de la libertad y de los derechos fundamentales. De

igual manera, el Santo Padre Francisco sostiene que el trato que una sociedad conceda a los más pobres y desfavorecidos constituirá la medida de la grandeza de esa sociedad. Y desde el mismo Evangelio, frases de Jesús como *“No podéis servir a Dios y al dinero”* (no pueden servir a Dios quienes sólo piensan en su codicia, perdidos en el ansia de acumular sin importarles la miseria de sus semejantes,), *“Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”* (no se puede sacrificar la vida o la dignidad de los Hijos de Dios a ningún poder político o económico) y *“Sed compasivos como vuestro padre es compasivo”*, nos siguen empujando (como hace veintiún siglos) a recuperar la compasión, a proclamar al amor universal y práctico como rey y centro de nuestras vidas, ya que lo decisivo, lo que realmente contará para Dios (y para este mundo) es la ayuda práctica a los que sufren. La compasión ha de hacerse efectiva, empezando por cada uno y continuando por la compasión política. Así se dará cumplimiento a la misión de Cristo: proclamar la libertad a los cautivos, a los oprimidos, anunciar a los pobres la Buena Noticia y curar a los que tienen destrozado el corazón... Una misión que para los cristianos creyentes conducirá, caso de alcanzarse tales postulados, hacia la unidad por encima de diferencias sociales en recursos o derechos en una sociedad global que arribará en la cristogénesis, cuya vía de acceso consistirá en la tan referida solidaridad práctica (eje de los derechos humanos de tercera generación) o el amor *de facto*, en todas sus manifestaciones y en cuya construcción han de caminar tomados de la mano lo económico, lo social y lo jurídico como partes indisolubles de un mismo todo, como se sostiene en la última conclusión.

TRIGÉSIMA. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO TENDENCIA IMPARABLE HACIA LA CRISTOGÉNESIS

Se concluyó que el gobierno de los pueblos había de hacerse teniendo presente la naturaleza de los mismos, su identidad, atendiendo siempre al fin último y primero al que puede aspirar un grupo humano concreto. A ello conduce la naturaleza de la cosa. El objetivo a alcanzar consistirá en que el ser humano alcance su entelequia. Ante esto procederá cuestionar si es bueno el hombre por naturaleza o acaso es un lobo para sus semejantes, así como a qué podemos aspirar si alcanzamos el *telos* como seres humanos y en qué consiste tal finalidad sublime.

El gusano tiende a evolucionar y convertirse en mariposa. La mariposa es entelequia del gusano. Y desde la creencia personal del autor de esta tesis, la entelequia de los seres humanos es Cristo mismo, el “punto omega” evolutivo que se alcanzará en la cristogénesis que se ha venido planteando en esta obra, particularmente en los capítulos II y V.

Como señala San Pablo en la carta a los Colosenses, Cristo es Primogénito de toda la creación, de toda naturaleza. Es Principio, primero en la resurrección, existente antes que todas las cosas y mantenedor de las mismas, que subsisten y tienen vida por Él. Es el Alfa y la Omega, el fin último hacia donde se encamina la creación. Es el imán que atrae hacia sí a todo lo creado, el principio que subyace e informa ese sentir común social que se denominará en otros ámbitos naturaleza de la cosa.

De esta manera, la naturaleza de la cosa constituye una tendencia imparables hacia la cristogénesis. Ahí queda plasmada la particular y postrera conclusión que subyace en esta tesis. Ciertamente, el concepto de naturaleza de la cosa, con sus implicaciones filosóficas y jurídicas, es ajeno a cualquier consideración religiosa y de tal manera se entiende que debe de

contemplarse en dichos campos de la filosofía y el derecho, esto es, al margen de otros planteamientos teológicos o metafísicos. Dejando claro cuanto antecede, ciencia y teología, si son correctas, habrán de caminar paralelas, conduciendo hacia un mismo fin. Y desde una perspectiva netamente científica, se denominará naturaleza de la cosa a ese sentir común social que constituye una tendencia imparable hacia la cristogénesis desde una perspectiva cristiana de fe.

Así, para concluir y llevado por la honestidad, quiere el autor de esta tesis plantear a quien lea lo que como cristiano creyente es la visión particular desde la que escribe:

“Christus heri et hodie, principium et finis, alpha et omega”.

“Cristo ayer y hoy, principio y fin, alfa y omega”. Suyo es el tiempo y la eternidad. A Él la gloria y el poder por los siglos de los siglos.

BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CASTELLÓ, V., "Theilhard de Chardin, Filósofo del Derecho", *Anuario de filosofía del derecho*, nº 15, 1970.

ARISTÓTELES, *Metafísica*, Espasa Calpe, 1946.

BATIFFOL, H., *Filosofía del Derecho*, Eudeba, 1972.

BECK, U., *Un nuevo mundo feliz. La precarización del trabajo en la era de la globalización*, Paidós, 2007.

BENEDICTO XVI, *Carta Encíclica Caritas in Veritate del Sumo Pontífice Benedicto XVI*, Librería Editrice Vaticana, 2009.

BLANCO GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ GALIANO, A., ESCALONA MARTÍNEZ, G., SEGURA ORTEGA, M., TRAVERSO, J. D., *Filosofía del Derecho*, UNED, 1989.

BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Debate, 1990.

, *El problema del positivismo jurídico*, versión de E. Garzón Valdés, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo I, 3ª edición reformada, Editorial Reus S.A., 1930.

, *La Formulación Judicial del Derecho*, Editorial Reus S.A., 1954.

CELANO, T., *Vida primera de San Francisco*, en *San Francisco de Asís. Escritos. Biografías. Documentos de la época*, Biblioteca de autores cristianos, 2013.

COING, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ariel, 1961.

COTTERRELL, R., *Introducción a la sociología del Derecho*, Ariel, 1991.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y derecho de la persona*, 5ª edición, 1970.

, *Derecho Civil de España*, Tomo I, 3ª edición, Instituto de Estudios Políticos, 1955.

DEL VECCHIO, G., "El hombre y la naturaleza", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 11, 1964-1965. Ministerio de Justicia/BOE/Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política.

, "Mutabilidad y eternidad del derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 3, 1955. Ministerio de Justicia/BOE/Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política.

, *Filosofía del Derecho*, Bosch, 6ª edición, 1953.

DE PRADA GARCÍA, A., "Por un modelo de jurista: El Movimiento del Derecho Libre", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 18, 2001.

DÍAZ ROCA, R., *Teoría General del Derecho*, Editorial Tecnos S.A., 1997.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones del Derecho Civil*, volumen I, Editorial Tecnos S.A., 1995.

DILTHEY, W., *Introducción a las ciencias del espíritu*, Alianza, 1980.

ESQUIAGA GANUZAS, F. J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 1, octubre 1994.

FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*, Ceura, 5ª edición, 1987.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2004.

FLORES, I. B., “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia del derecho”, en “La ciencia del derecho durante el siglo XX”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G: Estudios doctrinales*, nº. 198, 1998.

GARCÍA-VALDECASAS, G., “La positividad del derecho y la vertiente sociológica de la ciencia jurídica”, discurso de apertura, *Universidad de Granada, Curso 1971-1972, Secretariado de Publicaciones de la Universidad*, 1971.

GARZÓN VALDÉS, E., *La Naturaleza de la Cosa*, en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GÓMEZ ADANERO, M., GÓMEZ GARCÍA, J. A., MUINELO COBO, J. C., MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, J. L., *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*, UNED, 2006.

HEGEL, G. W., *Introducción a la Historia de la Filosofía*, Aguilar, 1975.
, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Porrúa, 1973.

HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, 3ª edición, 1996.

HOBBS, T., *Leviatán*, Universidad de Puerto Rico, 1968.

JAEGER, W., *Alabanzas de la ley (Los orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos)*, traducción de Antonio Truyol y Serra, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

JELLINEK, J., *Teoría del Estado* (prólogo y traducción por Fernando de los Ríos Urniti), 2ª edición, Compañía Editorial Continental, 1958.

JUAN XXIII, *Mater et magistra: encíclica de S.S. Juan XXIII sobre el reciente desarrollo de la cuestión social*, Ediciones Paulinas, 4ª edición, 1965.

JUAN PABLO II, *En el centenario de la "Rerum Novarum": carta encíclica "Centesimus Annus"*, Biblioteca de Autores Cristianos, 1991.

KANT, E., *Crítica de la razón práctica*, Losada, 1961.

- KANTOROWICZ, H., *La lucha por la ciencia del derecho*, Losada, 1949.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Moisés Nilve, Eudeba, 1999.
- KOJEVE, A., *La dialéctica de lo real y de la idea de la muerte en Hegel*, La Pléyade, 1972.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, 1994.
- LEÓN XIII, *Libertas praestantissimum: On Human Liberty*, Angelus Press, 1998.
- , *Encíclica "Rerum novarum" con divisiones: notas marginales y breves comentarios*, D.F., Imprenta del "Asilo Patricio Sanz", 1924.
- LEONARD, A., *La historia de las cosas: de cómo nuestra obsesión por las cosas está destruyendo el planeta, nuestras comunidades y nuestra salud. Y una visión del cambio*, primera edición, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., "El pensamiento de Santo Tomás de Aquino sobre relaciones entre la Iglesia y la Comunidad Política", *Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia*, Edición de Compobell S. L., 1995.
- LUCAS VERDÚ, P., "Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración

política”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). nº 83, 1994.

LUMERMAN, J., MUSTO, O., STRADA, A., *La Dignidad del Trabajo Humano: Comentario a la “Laborem Exercens” de Juan Pablo II*, Editorial Guadalupe, 1983.

LLOID, D., *La idea del Derecho (¿Perversidad represora o necesidad social?)*, Traducción de Rosa Aguilar de Ben y Mercedes Barat, Editorial Civitas, 1985.

MAC CORMICK, N., “Argumentación e interpretación en el derecho”, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 33, 2010.

MARDONES, J.M., *Filosofía de las ciencias humanas y sociales: materiales para una fundamentación científica*, Anthropos, 1991.

MONTESQUIEU, C. *El espíritu de las leyes*, 4ª edición, Porrúa, 1980.

MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, J.L., “¿Comprender o explicar? Constructivismo y descriptivismo en la Teoría de la ciencia jurídica”, *Boletín de la facultad de Derecho*, UNED, nº 2, 1993.

NAVARRO CORDÓN, J.M. y CALVO MARTÍNEZ, T. *Historia de la Filosofía*, Anaya, 1985.

NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T. R.: *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, 1998.

PABLO VI, *“Octogesima adveniens”*. *Guía de lectura y estudio de Hernando Sebá López*, Editorial San Pablo, 1ª edición, 2009.

PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo I, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

PUY MUÑOZ, F. de P., *“El derecho y la naturaleza de las cosas”*, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1966.

RADBRUCH, G., *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, 1963.

, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1955.

RADBRUCH, G., DELOS, J. T., LE FUR, L., BREÑA, D. K., CARLYLE, A. J., *Los fines del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, 1981.

RECASÉNS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de las cosas y Lógica “razonable”*, Universidad Autónoma de México, 1971.

, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Bosch, 1979.

REHBINDER, M., *Sociología del Derecho*, Pirámide, 1981.

RIVERO, J., *Conversación con Pablo Iglesias*, ediciones Turpial, primera edición, 2014.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Hacia una concepción amplia del derecho natural*, Tecnos, 1970.

SALAS, MINOR E., “¿Qué pasa actualmente en la Teoría del derecho alemana?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Edición electrónica Espagrafic, 1989.

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sobre la eternidad del mundo, Suma contra los gentiles, Suma teológica* (2ª edición), Aguilar, 1981.

SEBÁ LÓPEZ, H., *Carta encíclica “Quadragesimo anno”*. Guía de lectura y estudio de Hernando Sebá López, Sociedad de San Pablo, 1ª edición, 2006.

, *Carta encíclica “Pacem in Terris”*. Guía de lectura y estudio de Hernando Sebá López, Sociedad de San Pablo, 1ª edición, 2006.

, *Carta encíclica “Populorum Progressio”*. Guía de lectura y estudio de Hernando Sebá López, Sociedad de San Pablo, 1ª edición, 2006.

STAMMLER, R., *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de la 2ª edición alemana por Wenceslao Roces, Editora nacional de México, 1980.

SUÁREZ, F., *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, 1612.

SMART, J. J. C., *Philosophy and Scientific Realism*, Routledge & Kegan Paul & New York, Humanities Press, 1963.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Átomo ediciones S.A, 1985.

VV.AA., *Funciones y fines del derecho: Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones, 1992.

VV.AA., *Sollicitudo Rei Socialis. Nueva traducción y comentarios*, Cáritas española Editores, 1991.

VV.AA., *San Francisco de Asís. Escritos. Biografías. Documentos de la época*, Biblioteca de autores cristianos, 2013.

WILLIAMS BENAVENTE, J., *Lecciones de Introducción al Derecho I*, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 1994.

WOLMER, A. C., *Pluralismo político: fundamentos de una nueva cultura del derecho*, Colección Universitaria Textos Jurídicos, Editorial Mad S.L., 2006.

